Mittelbare Stellvertretung und Treuhand

unter besonderer Berücksichtigung des ausländischen Rechts.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

ROBERT HÖNSCH

Gerichtsreferendar aus Breslau.

MARBURG 1933

DISSERTATIONSVERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

Als Dissertation
von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 31. Oktober 1932.

Berichterstatter: Geheimrat Professor Dr. Alfred Manigk.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

MEINEN LIEBEN ELTERN!

INHALTS-VERZEICHNIS

§ 1. Einleitung 1

Erster Teil: Geschichtliche Einleitung.

§ 2. Das römische Recht 1
§ 3. Das germanische Recht 3

Zweiter Teil: Mittelbare Vertretung und Treuhand nach geltendem Reichsrecht.

Erster Abschnitt: Begriff der mittelbaren Stellvertretung.

§ 4. Stellvertretung 5
§ 5. Das Handeln im fremden Interesse 7
§ 6. Das Kommissionsgeschäft 8
§ 7. Der Begriff der mittelbaren Stellvertretung 9
§ 8. Müller-Erzbachs Interessenlehre 9

Zweiter Abschnitt: Begriff der Treuhand.

§ 9. Fiduziarisches und simuliertes Geschäft 10
§ 10. Die Ansichten des Schrifttums 11
§ 11. Die Lösung 13

Dritter Abschnitt: Das Wesen der mittelbaren Stellvertretung.

§ 12. Die rechtliche Zulässigkeit 15
§ 13. Die wirtschaftliche Bedeutung 15
§ 14. Erscheinungsformen 16

Vierter Abschnitt: Das Wesen der Treuhand.

§ 15. Die rechtliche Zulässigkeit 17
§ 16. Die wirtschaftliche Bedeutung 19
§ 17. Arten 22
§ 18. Hauptanwendungsfälle 22

Fünfter Abschnitt: Wirkungen.

Erster Titel: Mittelbare Stellvertretung.

§ 19. Das Innenverhältnis 24
§ 20. Mittelbarer Stellvertreter und Dritter, insbesondere die Schadensliquidation in fremden Interesse 25
§ 21. Vertretener und Dritter 29
§ 22. Dingliche Wirkungen. Zur Frage des Eigentumserwerbs an Fahrnis durch mittelbare Stellvertreter 30
§ 23. Konkurs des Vertreters. Zwangsvollstreckung 34

Zweiter Titel: Treuhand.

§ 24. Das Innenverhältnis. Pflichten des Treuhänders 36
§ 25. Fortsetzung. Rechte des Treuhänders 38
§ 26. Das Außenverhältnis. Die Erhaltung des Treugutes 39
§ 27. Fortsetzung: Die Stellung des Treuhänders gegenüber Dritten . 43
§ 28. Fortsetzung: Treugeber und Dritter 45
§ 29. Die Treuhand im Konkurse. Die Gegner der Aussonderung . 45
§ 30. Fortsetzung: Die verschiedenen Begründungen des Aussonderungsrechts 46

§ 31. Fortsetzung: Die Lösung 51
§ 32. Die Treuhand in der Zwangsvollstreckung 52
§ 33. Die Treuhand im Steuerrecht 52
§ 34. Sechster Abschnitt: Abgrenzung 55

Dritter Teil: Mittelbare Stellvertretung und Treuhand im aus-ausländischen Recht.

§ 35. Das schweizerische Recht 56
§ 36. Die romanischen Rechte 58
§ 37. Die osteuropäischen Rechte 61
§ 38. Die nordischen Rechte 63
§ 39. Das englische Recht 65
§ 40. Das nordamerikanische Recht 70

§ 41. Schlußwort 71

LITERATUR-VERZEICHNIS

v. Alten-Bockum: Treuhandgeschäfte und ihre Geltendmachung im Konkurse. Breslauer Dissertation 1926.

Alvarez del Manzano y Alvarez Rivera: Tratado de Derecho Mercantil español comparado con el extranjero. Torno II Madrid 1926.

Baldwin: Century Edition of Bouviers' Law Dictionary. New York 1926.

Bartsch: Gutachten über die Frage: Empfehlen sich gesetzliche Vorschriften über die rechtliche Stellung des Sammelvermögens? in Verhandlungen des 30. Deutschen Juristentages Bd. I S. 154 ff. Berlin 1910.

Baumbach: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 6. Auflage. Berlin 1931.

Becker: Die Reichsabgabenordnung. Berlin 1920.

Behrend: Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. I, 1 Berlin 1896.

Berolzheimer: Die fiduziarische Zession. Erlanger Dissertation 1908.

Beseler: Zwangsvertretung in DJZ. 1912 S. 894.

Beyerle: Die Treuhand im Grundriß des Deutschen Privatrechts. Weimar 1932.

Biermann: Kommentar zum Sachenrecht. Berlin 1914.

Blau: Abhandlungen des bürgerlichen Rechts im Steuerrecht, zugleich ein Beitrag zur Typisierungstheorie des Reichsfinanzhofes in Iherings Jahrbücher Bd. 82 S. 164 ff.

Boethke: Rechtsprechung zum bürgerlichen Recht in Gruchot 72 S. 343 ff.

Boethke-Bergschmidt: Grunderwerbssteuergesetz. 3. Aufl. Berlin 1931.

Bolaffio-Vivante: Codice di Commercio Commentato. Vol. VI, 1, commento del Prof. A. Ramela Torino 1928.

Boschan: Sicherungsübereignung und Gläubigernot in JW. 1912 S. 8 f.

Bovensiepen: Treuhand- (Fiduziarische) Geschäfte, Treuhänder und Treuhandgesellschaften in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, hergb. von Stier-Somlo Bd. II Berlin und Leipzig 1929.

Brach: Zu § 164 Abs. 2 BGB im Recht 1901 S. 558.

Brandt: Das Reichsgericht zur Sicherungsübereignung, in Wirtschaftliche Kurzbriefe über Steuer- u. Verkehrswesen, Wirtschaftskunde, 14. Jahrgang, Gruppe 22b Bl. 67. Berlin 1933.

Brodmann: Die Handelsgeschäfte im Handbuch des gesamten Handelsrechts, herausgeg. von Ehrenberg, Bd. IV, 2 Leipzig 1917.

Brunner: Wesen und Bedeutung der englisch-amerikanischen Treuhand (Trust), in Abhandlungen zum schweizerischen Recht Bd. 22, herausgeg. von Gmür, Bern 1931.

Bruns: Besitzerwerb durch Interessenvertreter. Tübingen 1910.

Brütt: Die abstrakte Forderung nach deutschem Recht. Berlin 1908.

— Die Kunst der Rechtsanwendung. Berlin 1907.

Burkhardt: Der Schadensersatzanspruch des Forderungsberechtigten. Tübinger Dissertation. 1901.

Caspari: Sicherungsübereignung und Sicherungszession nach gemeinem Recht und BGB. Rostocker Dissertation 1903.

Clark: New York Law of Contracts. Vol. II New York 1922

Cohn, Ernst: Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht. Marburg 1931.

— Zur Legitimationsübertragung von Inhaberaktien, in Ztschr. f. Handelsr. 92, 337 ff.

Cohn, Max: Das fiduziarische Rechtsgeschäft. Berliner Dissertation 1905.

Cohnfeldt: Die Lehre vom Interesse. Leipzig 1865.

Colin-Capitant: Cours Elementaire de Droit Civil Français. Tome Premier Quatrième Edition Paris 1923.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I 7. Aufl. Jena 1922.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. I Tübingen und Leipzig 1900.
Curti: Englands Privat- und Handelsrecht Bd. II Berlin 1927.
Curtius: Die Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, in Arch.ziv.Prax. 58, 69 ff.
Czaya: Indossament zum Inkasso. Breslauer Dissertation 1908.
Dalberg: Die Treuhandschaft in der Kartellorganisation in LZ 1915 Sp. 408 ff.
Daude: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich mit den Entscheidungen des Reichsgerichts. 16. Auflage. München und Berlin 1926.
David: Stellvertretung ohne Kundgebung des Vertretungswillens, im Recht 1901, S. 506 ff.
Dernburg: Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts. 3.Aufl. Halle 1902.
— Pandekten. Bd. I Berlin 1902.
Dernburg-Sokolowski: System des Römischen Rechts. Bd.I 8.Aufl. Berlin 1911.
Deumer: Die Exportkommission in Ztschr. f. Handelsr. 84, 157 ff.
Dreyer: Das fiduziarische Rechtsgeschäft, in Gruchot 40, 449 ff.
Dungs: Ueber die Rechtsstellung des Gläubigers für fremde Rechnung, in Gruchot 32, 8 ff.
Durchholz: Das sogenannte versteckte Wechsel-Inkasso-Indossament, in Gruchot 47, 533 ff.
Düringer: Zur Lehre vom Sicherungskauf, in LZ. 1908, Sp. 97 ff.
Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch. Bd. III 2. Aufl. Mannheim u. Leipzig 1913.
Eberstein: Om Spedition och Befraktining. Stockholm 1915.
Eccius: Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrechte, in Gruchot 47, 51 ff.
Eccius-Goltz: Das fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel- und Konkursrechts, in Gruchot 46, 690 f.
— Wesen der Verfügung des Bürgerlichen Gesetzbuches, in Gruchot 48, 465 ff.
Eck: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. I Berlin 1913.
Ehrenzweig: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. I,2, 6. Auflage, Wien 1923.
Eichler: Vertretung für denjenigen, den es angeht. Marburger Diss. 1931.
Eiser: Wer ist Rechtsnachfolger des verstorbenen Treuhänders bei einer Interventionsklage? in LZ 1931 Sp. 227 ff.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II 1905, III 1919 Berlin.
Engel: Sicherungsübereignung und Sicherungszession. Rostocker Diss. 1902.
Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II. 11. Bearbeitung Marburg 1930.
Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I. 13. Aufl. Marburg 1931.
Enneccerus-Wolff: Lehrbuch d. Bürgerlichen Rechts III. 8.Aufl. Marburg 1929.
Fick: Das schweizerische Obligationenrecht. 1. Aufl. Zürich 1911.
Fischbach: Treuhänder und Treuhandgeschäfte nebst Beiträgen zur Lehre vom Eigentum, von der Stellvertretung und vom Auftrag. Mannheim und Leipzig 1912.
Fischer: Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jena 1903.
Förster-Kann: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. II 1926.
Francke: Widerspruch Dritter gegen Zwangsvollstreckungen des deutschen Zivilprozeßrechts, in Buschs Z 5, 203 ff.
Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 17. Aufl. Tübingen 1926.
Freiherr von Canstein: Lehrbuch des Wechselrechts. Berlin 1890.
Freund: Das Zivilrecht Sowjetrußlands. Mannheim, Berlin, Leipzig 1924.
Friedmann: Gutachten über die Frage: Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhandverhältnisses? in Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentages (Lübeck) S. 805 ff. Berlin und Leipzig 1930.
Fuchs: Pseudonyme Rechtsgeschäfte in Arch.ziv.Prax. 115, 84 ff.
Furbach: Kann ein ganzes Warenlager mit wechselndem Bestande vom Schuldner dem Gläubiger zur Sicherheit übereignet werden? in LZ 1912 S. 902 ff.

Gaius: Institutiones, herausgeg. von Krüger und Studemund. 4. Aufl. 1899.
Gareis: Die Verträge zugunsten Dritter. Würzburg 1873.
Geffcken: Lex Salica. Leipzig 1898.
Geiger: Wie beseitigt man die Gefahren der Sicherungsübereignung? in DJZ 1907 Sp. 590.
Gerstle: Das reine Treuhandgeschäft im schweizerischen Privatrecht (mit Ausschluß des Wertpapierrechts), in Abhandlungen zum Schweizer Recht Heft 78 Bern 1917.
Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht. Bd. I 1895, II 1905 Leipzig.
Gieseke: Das Aktienstimmrecht der Banken in DJZ 1926 Sp. 503 f.
Gmür: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Bd. IV 1925, VI 1927, Bern.
Goldmann: Der öffentlich bestellte Wirtschaftsprüfer, in JW 1931 S. 2353 ff.
— Die rechtliche Natur der Interventionsklage, in Gruchot 50, 805 ff.
Goldschmidt: Miscellen zur Theorie der Wertpapiere, in Ztschr. f. Handelsr. 28, 63 ff.
Goldstein-Rapoport: Vertretungen ausländischer Firmen in der Sowjetunion, in das Sowjetwirtschaftsrecht im Geschäftsverkehr mit dem Auslande. Berlin 1922.
Goltz: Das fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel- und Konkursrechts. Marburg 1901.
Grünschild: Die Treuhänderschaft zum Zwecke der Gläubigerbefriedigung. Berlin 1914.
Groß: Das Recht der Sicherungsübereignung nach § 930 BGB. Berlin 1932.
Gunz: Das Vollgiro zu Inkassozwecken, in Rechts- und Staatswissenschaftlichen Studien, hergb. von Ebering, Heft 20, Berlin 1903.
Güthe: Die Grundbuchordnung. Berlin 1913.
Haemmerle: Gutachten über die Frage: Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhandverhältnisses? in Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentages (Lübeck). S. 632 ff. Berlin und Leipzig 1930.
Hages: Haandbog i Handelsvidenskab. København 1906.
Hahn: Die gesammten Materialien zur Konkursordnung. Berlin 1881.
Hamburger: Treu und Glauben im Verkehr. Mannheim, Berlin, Leipzig 1930.
Hamelbeck: Die Sicherungsübereignung nach geltendem Recht. Berlin 1929.
Häusler: Methoden der Beaufsichtigung und Beeinflussung der nationalisierten Betriebe im Sowjet-Staate. Königsberger Dissertation 1927.
Heck: Grundriß des Sachenrechts. Tübingen 1930.
— Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.
Hein: Grundriß des Treuhandrechts. Berlin 1929.
— Treugeber und Treuhänder im Steuerrecht, insbesondere im Recht der Vermögens- und Wertzuwachssteuer in ArchTreuVW. 24, 452 ff.
Hellwig: Die Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.
— Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. I Leipzig 1903.
— Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.
Hellwig-Oertmann: System d. deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. II. Leipzig 1919.
Hengstberger: Stellvertretung und Treuhand im bürgerlichen Gesetzbuch, vorzüglich mit Rücksicht auf den § 1189 BGB. Erlanger Dissertation 1912.
Herz: Die Sicherungsübereignungen. Heidelberger Dissertation 1906.
Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts. Bd. I Leipzig 1885.
Heymann: Geschäftsanwälte und Treuhandgesellschaften als Vermögensverwalter nach englischem und deutschem Recht, in Festgabe für Güterbock. Berlin 1910.
— Trustee und Trustee-Company im deutschen Rechtsverkehr, in Festschrift für Brummer, S. 472 ff. Weimar 1910.
Höbel: Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung in ihrer Abstellung auf den Zweck. Erlanger Dissertation 1930.
Hoeniger: Die Sicherungsübereignung von Warenlagern. Mannheim und Leipzig 1912.
Hoffmann: Die Rechtsnatur der Abrechnungsstelle im Skontrationsverfahren in Ztschr. f. Handelsr. 65 337 ff.

Hölder: Das Problem der juristischen Persönlichkeit, in JJ 53, 40 ff.
Hollensteiner: Treuhandeigentum von Grundstücken. Erlanger Diss. 1929.
Holmes: Das gemeine Recht Englands und Nordamerikas, übersetzt von R. Leonhard. Leipzig 1912.
Holz: Wechseleigentum und stilles Prokuraindossament, in Gruchot 50, 310 ff.
Huber: System u. Geschichte d. Schweizerischen Privatrechts. Bd. IV, Basel 1893.
Hupka: Die Vollmacht. Leipzig 1900.
Isay: Patentgesetz und Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern. 5. Aufl. Berlin 1931.
Jacobi: Die Wertpapiere, in Handbuch des gesamten Handelsrechts, herausg. von Ehrenberg, Bd. IV, 1 S. 125 ff. Leipzig 1917.
Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung. Bd. I 6./7. Aufl. Leipzig 1931.
Jakubetzky: Bemerkungen zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. München 1892.
Jander: Die Legitimationsübertragung in JW 1913 S. 471 ff.
Jenks: A Digest of English Civil Law. Vol. I Second Edition. London 1921.
Jeroschewitz: Vertretung bei der Fahrnisübereignung. Königsberger Diss. 1920.
Jeß: Ueber den Analogieschluß u. die §§ 463, 476 BGB im Recht 1914 Sp. 81 ff.
Josef: Der Anspruch des Versicherers gegen Tödter und Brandstifter sowie die Begründung der Schadensberechnung aus fremdem Interesse, in Arch. ziv. Prax. 113, 101 ff.
Jung: Der Eigentumsübergang beim Kommissionseinkauf, in Ztschr. f. Handelsr. 47, 183 ff.
Kanter: Sicherungsübereignung ohne Besitzverlust. Heidelberger Diss. 1911.
Karlowa: Römische Rechtsgeschichte. Bd. II Leipzig 1901.
Karplus: Handbuch des Englischen Privatrechts. Leipzig 1917.
Katzenstein: Die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien, in Gruchot 49, 323 ff.
Katzmann: Die Aussonderung von Treugut im Konkurs. Marburger Dissertation 1928.
Kaul: Das fiduziarische Rechtsgeschäft. Jenaer Dissertation 1910.
Kent: Commentaries of American Law. Vol. II Twelfth Edition Boston 1896.
Kiehl: Tragweite des guten Glaubens eines fiduziarischen Rechtserwerbs, in JW. 1922, S. 787 ff.
Kisch: Grundriß des deutschen Konkursrechts. 8./9. Aufl. Mannheim 1930.
Klausing: Einzelreferat: Fuchs, Scheinhändel in KVJSchr. 56, 290 ff.
— Fiduziarische Rechtsgeschäfte, einschließlich Sicherungsübereignung, in Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, herausgeg. von Schlegelberger, Bd. III S. 368 ff., Berlin 1931.
Kleinfeller: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Berlin 1925.
Kleinrath: Der Zwangsvergleich zur Abwendung des Konkurses, in LZ 1908 Sp. 170 ff.
— Die Sicherungsübereignung von Warenlagern, in LZ 1912 Sp. 104 ff.
Klibanski: Handbuch des gesamten Russischen Zivilrechts. Bd. III Berlin 1918.
Kluckhohn: Zwei Fragen des Schadensersatzrechts, in ArchzivPrax. 111 193 ff.
Kohler: Die Resolutivbedingung, in ArchBürgR 15 1 ff.
— Leitfaden des deutschen Konkursrechts. 2. Aufl. Stuttgart 1903.
— Prozeßhandlungen mit Zivilrechtswirkung, in BuschsZ 29, 1 ff.
— Studien über Mentalreservation und Simulation, in JJ 16 91 ff.
— Ueber das Recht der Stiftungen in ArchBürgR 3, 228 ff.
— 12 Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Vertrag und Uebergabe in ArchbürgR 18 1 ff.
Kohlmann: Pfandrechte (Mortgages and pledges), in Die Zivilgesetze der Gegenwart, begr. von Heinsheimer, Bd. II S. 499 ff. Mannheim, Berlin, Leipzig 1931.
— Trusts, in Die Zivilgesetze der Gegenwart, begr. von Heinsheimer Bd. II S. 545 ff. Mannheim, Berlin, Leipzig 1931.
Krasnopolski: Lehrbuch des Oesterreichischen Privatrechts. Bd. III Leipzig und Wien 1910.
Kreß: Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts. München 1929.

Krückmann: Schadensliquidation aus fremden Interesse, in JJ 56, 245 ff.
Kuhlenbeck: Fiduziarische Cession, insbesondere zur Umgehung des § 110 CPO, ein Beitrag zur Lehre vom Scheingeschäft, der sog. Umgehung des Gesetzes und Treuhänder in Bl. f. Rechtsanw. 70, 337 ff.
Kunisch: Die rechtliche Stellung des Fiducianten im Konkurse des Fiduciars. Hallenser Dissertation 1931.
v. Lang: Die Wirkungen der fiduziarischen Geschäfte, in ArchzivPrax 83, 336 ff.
Langenbach: Grundzüge des Law of Agency, in Kölner Arbeiten zum Englischen Recht, herausgeg. von Goldschmidt, Heft 1, Leipzig 1928.
Langheineken: Anspruch und Einrede nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Leipzig 1903.
Lehmann, Heinrich: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin und Leipzig 1928.
Lehmann, Karl: Lehrbuch des Handelsrechts. Leipzig 1912.
Lenel: Stellvertretung und Vollmacht, in JJ 36, 1 ff.
Leonhard, Franz: Allgemeines Schuldrecht des BGB. München u. Leipzig 1929.
— Bürgerliches Recht. Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen. Berlin 1928.
— Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.
Leonhard, Rudolf: Recht des Allgemeinen Teils des BGB. Berlin 1900.
— Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in Eck Bd. II Berlin 1904.
Levi: Die Stellung des Treuhänders, in Rechtsfragen der Praxis, Bd. 37. Berlin-Halensee 1930.
Lilienthal: Die Uebereignung zum Zwecke der Sicherung in DJZ 1902 S. 542 ff.
Lion: Handkommentar zum Grunderwerbssteuergesetz. Berlin 1929.
— Das Reichszuwachssteuergesetz vom 14. Februar 1911. Berlin 1912.
v. Liszt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 16./17.Aufl. Berlin 1908.
Ludewig: Hauptprobleme der Reform des Aktienrechts. Marburg 1929.
Luetgebrune: Die Sicherungs-Uebereignung. Freiburger Dissertation 1906.
Lyon-Caen: Manuel de Droit Commercial. Quatorzième Edition Paris 1924.
Mangelsdorff: Interesse und Interesseersatz im Bürgerlichen Gesetzbuch. Marburger Dissertation 1933.
Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. Breslau 1901.
— Antichresis, in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgeg. von Stier-Somlo. Berlin und Leipzig.
— Die Revisibilität der Auslegung von Willenserklärungen, in Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben, herausgeg. von Schreiber Bd. VI, S. 94 ff. Berlin und Leipzig 1929.
— Interesse, in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgeg. von Stier-Somlo Bd. III Berlin u. Leipzig 1928.
— Interessenjurisprudenz, in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgeg. von Stier-Somlo Bd. III Berlin u. Leipzig 1928.
— Fiducia, in Paulys Real-Enzyklopädie der Klassischen Altertumswissenschaft, herausgeg. von Wissowa, Bd. IV S. 1287 ff. Stuttgart.
— Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin 1907.
— Zur Geschichte der römischen Hypothek. Teil I Breslau 1904.
Mansfeld: Ueber Pfandindossamente in LZ 1913 Sp. 417 ff.
Marklezow: Das Recht Sowjetrußlands. Tübingen 1925.
Matthiaß: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin 1914.
Mayr: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I 1922, II 1923. Reichenberg.
Meißner: Begriff der fiduziarischen Rechtsübertragung und deren Bedeutung. Heidelberger Dissertation 1909.
Melsbach: Die Sicherungsübereignung von Warenlagern, in JW 1913, S. 404 ff.
Mentzel: Kommentar zur Reichskonkursordnung. 3. Aufl. Mannheim, Berlin, Leipzig 1928.
Merk: Reichsgericht und Steuerrecht, in Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben, herausgeg. von Schreiber Bd. IV, S. 73 ff. Berlin u. Leipzig 1929.
Michaelis, Kommentar zur Wechselordnung. Berlin und Leipzig 1932.

Mitteis: Römisches Privatrecht. Bd. I Leipzig 1908.
Möhring: Die Schadensliquidation im Drittinteresse bei Deliktsschaden. Breslauer Dissertation 1926.
Möller: Zur Frage der Sicherungsübereignung, in JW 1912 S. 720 ff.
Müller: Hat die Inkassozession die Wirkung einer Forderungsabtretung?, in Bl. f. Rechtsanw. 72, 987.
— Zur Reform der herrschenden Lehre von der mittelbaren Stellvertretung in DJZ 1906, S. 164 ff.
Müller-Erzbach: Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt. Berlin 1905.
— Reichsgericht und Interessenjurisprudenz, in Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, herausgeg. von Schreiber Bd. II S. 161 ff. Berlin und Leipzig 1929.
Navarrini: Trattato teorico-pratico di diritto Commerciale. Roma 1917.
Nebelsieck: Die Haftung des Schuldners für den Schaden des beteiligten Dritten. Leipziger Dissertation 1913.
Neubecker: Beiträge zur Lehre von der mittelbaren Stellvertretung, in Grünhuts Z 36, 31 ff.
Neuner: Interesse und Vermögensschaden, in ArchzivPrax 133 277 ff.
Nord: Das Recht des Treuhänders. Berlin 1927.
Oertmann: Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, in JJ 66, 130 ff.
— Die Fiducia im römischen Privatrecht. Berlin 1890.
— Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft. Berlin 1931.
— Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Aufl. Berlin 1927.
Oetker: Konkursrechtliche Grundbegriffe. Bd. I Stuttgart 1891.
Oppenheimer: Fiduziarische Eigentumsübertragung. Marburger Diss. 1903.
Oser: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Bd. V, 2. Aufl. Zürich 1929.
Passow: Kartelle, in Beiträgen zur Lehre von den Unternehmungen, herausgeg. von Passow. Heft 13 Jena 1930.
Pestalozzi: Die indirekte Stellvertretung. Züricher Dissertation 1927.
Pfeffer: Das Miteigentum als Kreditsicherungsmittel. Göttinger Diss. 1931.
Pissel-Koppe: Das Einkommensteuergesetz vom 10. August 1925. 5. Auflage Berlin-Wien 1932.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgeg. von Strohal, Bd. I 4. Aufl. Berlin 1913.
Planiol-Ripert: Traité élémentaire de Droit Civil. Tome Premier Onzième Edition Paris 1928.
Podkomorski: Die Rechtsnatur des Inkassotreuhandgeschäfts. Marburger Dissertation 1915.
Prochownick: Die Grundzüge des englischen Vertragsrechts von Sir William R. Anson Bart. D. C. L. Berlin 1908.
Proskauer: Die Sicherungsübereignung im geltenden Recht. Breslauer Dissertation 1928.
Riedel: Das Bürgerliche Gesetzbuch in Vergleichung mit dem Preußischen Recht. Berlin 1896/99.
Regelsberger: Das ius singulare und die analoge Anwendung, in Festgabe für Jhering S. 15 ff. Leipzig 1892.
— Ersatzpflicht aus Verträgen für den Schaden, den durch den Vertragsbruch ein Dritter erleidet, in JJ 41, 25 ff.
— Gesetz und Rechtsanwendung, in JJ 50, 146 ff.
— Pandekten. Bd. I Leipzig 1893.
— Schweider: Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse, in KVJ-Schr. 44, 429 ff.
— Ueber Besitzerwerb durch Mittelspersonen, in JJ 44, 393 ff.
— Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession, in ArchzivPrax 63, 157 ff.
Reichsgerichtsräte: Kommentar zu dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Bd. I, 6. Aufl. Berlin und Leipzig 1929.
Riezler: Schott: Ueber Veräußerungsverbote, Resolutivbedingungen, in KVJ-Schr. 48, 65 ff.

Rodig: Die Schadensliquidation im Drittinteresse unter besonderer Berücksichtigung des ausländischen Rechts. Jenaer Dissertation 1930.
Rosenberg: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. Berlin 1929.
— Stellvertretung im Prozeß. Berlin 1908.
Rosenthal: Wettbewerbsgesetz nebst den materiellen Vorschriften des Warenzeichengesetzes. 8. Aufl. Berlin 1930.
Rühl: Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft einschließlich des Rechts der Teilzahlungsfinanzierung. Berlin 1930.
Rümelin: Das Handeln im fremden Namen im BGB, in ArchzivPrax 93, 131 ff.
Rumpf: Wirtschaftliche Vertrauensgeschäfte, in ArchzivPrax 119, 1 ff.
Salinger: Gutachten über die Frage: Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen in bezug auf die Sicherungsübereignung, in Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages S. 409 ff. Berlin 1912.
Schaps: Der Begriff des Empfängers im deutschen Seefrachtrecht. Das Prokuraindossament des Konnossements, in Ztschr. f. Handelsr. 42, 411 ff.
Scheuer: Wie beseitigt man die Gefahren der Sicherungsübereignung? in DJZ 1907 Sp. 589 f.
Schirrmeister: Das Bürgerliche Recht Englands. Bd. II Berlin 1910.
Schleß: Mittelbare Stellvertretung und Treuhand, in Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 66 Leipzig 1931.
Schloßmann: Die Lehre von der Stellvertretung. Bd. I Leipzig 1900.
Schmidt, Alfons: Zum Streite um die Rechtsnatur der Rechtsgeschäfte zu Inkassozwecken, in Gruchot 57, 241 ff.
Schmidt, Otto: Die Auswirkung der Sicherungsübereignung im Konkurs und in der Zwangsvollstreckung. Gießener Dissertation 1930.
Schmidt, Rudolf: Unechte Solidarität, in JJ 72, 1 ff.
Schmidt-Rimpler: Das Kommissionsgeschäft, in Handbuch des gesamten Handelsrechts, herausgeg. von Ehrenberg Bd. V, 1 Leipzig 1917.
Schneider: Zur Verständigung über den Begriff von Treu und Glauben, in ArchbürgR 25, 269 ff.
Schönfeld: Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts als Vorarbeit zu einer künftigen Wirklichkeitslehre des deutschen Rechts, in Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, herausgeg. von Schreiber, Bd. II S. 191 ff. Berlin und Leipzig 1929.
Schöninger: Forderungsabtretung zum Zwecke des Einzugs (Cession zum Inkasso), in ArchzivPrax 96, 163 ff.
Schöny: Treuhandgeschäfte in ArchzivPrax 35, 291 ff.
Schott: Ueber Veräußerungsverbote und Resolutivbedingungen im bürgerlichen Recht, in Festgabe für Felix Dahn, Teil III S. 305 ff. Breslau 1905.
Schröder: Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. Leipzig 1907.
v. Schrutka-Rechtenstamm: Zur Analyse der Exscindirungsklage, in Grünhuts Z. 13, 198 ff.
Schumann: Die Forderungsabtretung im deutschen, französischen und englischen Recht. Marburg 1924.
Schulz, Fritz: System d. Rechte auf d. Eingriffserwerb, in ArchzivPrax 105, 1 ff.
Schultze, Alfred: Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, in JJ 43, 1 ff.
— Zum Konkurs- und Anfechtungsrecht, in Ztschr. f. Handelsr. 42, 363 ff.
Seidler: Die Sicherungsübereignung. Jenaer Dissertation 1904.
Siber: Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, in JJ 70, 223 ff.
Siméon-David: Lehrbuch der freiwilligen und streitigen Gerichtsbarkeit Bd. II 16./17.Aufl. Berlin 1931.
Skonietzki: Die Umbildung des handelsrechtlichen Indossaments zu einer allgemeinen Vollzugsform für die Uebertragung verbriefter Forderungsrechte, in Gruchot 29, 210 ff.
Soergel: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Aufl. Stuttgart 1929.
Sohm: Institutionen. Ein Lehrbuch der Geschichte und des Systems des Römischen Privatrechts. Leipzig 1901.
Stammler: Die Lehre von dem Richtigen Recht. Berlin 1902.
Staub: Kommentar zur Wechselordnung. 12. Aufl. Berlin und Leipzig 1929.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. Bd. I 9. Aufl. München, Berlin, Leipzig 1925.
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 14. Aufl. 1928.
Stephen: Commentaries on the Laws of England. Vol. III Obligations and Civil Procedure. Eighteenth Edition London 1925.
Stiebeling: Ist die Abtretung einer Forderung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig, wenn sie nur bezweckt, die alten Gläubiger im Rechtsstreit als Zeugen auftreten zu lassen?, in DJZ 1912 Sp. 917 f.
Strahan: A Digest of Equity. Fifth Edition London 1928.
v. Stubenrauch: Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche. 8. Aufl. Wien 1903.
Swoboda: Der Bevollmächtigungsvertrag und verwandte Erscheinungen, in öZBl 49, 721 ff., 817 ff.
Tarnowski: Fiduziarische Abtretung von Forderungen. Breslauer Diss. 1901.
Thiele: Die Widerspruchsklage des § 690 ZPO in ArchzivPrax 84, 95 ff.
Töndury: Die Treuhand in rechtsvergleichender Darstellung. Züricher Dissertation 1912.
Tornow: Die Probleme der verdeckten Stellvertretung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsfigur des Geschäftes den es angeht. Heidelberger Dissertation 1930.
v. Tuhr: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. Bd. I Tübingen 1924.
— Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. II,1 1914, II,2 1918 München und Leipzig.
— Eigenes und fremdes Interesse bei Schadensersatz und Verträgen, in GrünhutsZ 25, 529 ff.
— Zur Lehre von der Anweisung, in JJ 48, 1 ff.
Tyrell: Fiduziarische Geschäftsverhältnisse im englischen Recht. Marburger Dissertation 1933.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. I 2. Auflage Tübingen 1930.
Wegemann: Weißmann: Aufrechnung nach dem BGB, in BuschsZ 26, 25 ff.
Weinhausen: Die Sicherungsübereignung. 4. Auflage Berlin 1932.
Wendt: Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse, in ArchzivPrax 100, 1 ff.
Wenger: Die Stellvertretung im Recht der Papyri. Leipzig 1906.
Wieland: Das Sachenrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches. Zürich 1909.
— Der Wechsel und seine civilrechtlichen Grundlagen. Basel 1901.
Wilutzky: Die Innen- und Außenseite des fiduziarischen Rechtsgeschäfts, in DJZ 1901 Sp. 20 ff.
— Ueber fiduziarische Rechtsgeschäfte, in JW 1901, Sp. 710 ff.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. I Frankfurt a. M. 1900.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. II Frankfurt a. M. 1906.
Wolff: Die Ware, in Handbuch des gesamten Handelsrechts, herausgeg. von Ehrenberg Bd. IV, 1 Leipzig 1917.
Wolff-Crisolli: Das Recht der Reklame. Berlin und Leipzig 1929.
Zachariae-Crome: Handbuch des Französischen Civilrechts. Bd. II 8. Auflage Freiburg 1894.
Zitelmann: Lücken im Recht. Leipzig 1903.
Zöllner: Zum Begriff der Sammlung in straf- und civilrechtlicher Hinsicht, in SeuffBl 72, 717 ff.

Abkürzungen.

AGBG: Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für das Kaisertum Oesterreich.
AGHG: Das allgemeine Handelsgesetzbuch für das Kaisertum Oesterreich.
ArchbürgR: Archiv für bürgerliches Recht, herausgeg. von Kohler.
ArchTreuVW: Archiv für das Revisions- und Treuhandwesen, herausgeg. von Fischer.
ArchzivPrax: Archiv für die civilistische Praxis, herausgeg. von Rümelin.

BayRpflZ: Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, herausgeg. von Schiedermair.
BGB: Bürgerliches Gesetzbuch.
Bl.f.Rechtsanw.: Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, herausgeg. von Kober.
BuschsZ: Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, begr. von Busch.
c. de comm.: Code de Commerce.
c. civ.: Code Civil (ou Napoléon).
cod. di comm. it.: Codice di Commercio Italiano.
codice civ. it.: Codice Civile Italiano.
DJZ: Deutsche Juristenzeitung.
E: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
GEStG: Grunderwerbsteuergesetz.
Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, hsg. von Küntzel.
GrünhutsZ: Zeitschrift für privates und öffentliches Recht, hsg. von Grünhut.
HGB: Handelsgesetzbuch.
JJ: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, herausgeg. von Jhering, Jena.
JW: Juristische Wochenschrift, herausgeg. vom Deutschen Anwaltsverein.
KO: Konkursordnung.
KVJSchr: Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, herausgeg. von Birkmeyer.
KVStG: Kapitalverkehrssteuergesetz.
LZ: Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
Mot: Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.
OLG: Oberlandesgericht.
OLGE: Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
OR: Schweizerisches Obligationenrecht.
OVG: Oberverwaltungsgericht.
OVGE: Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts.
ÖKO: Oesterreichische Konkursordnung.
ÖOG: Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofs in Zivil- und Justizverwaltungssachen.
ÖZBl: Oesterreichisches Zentralblatt für die Juristische Praxis, herausgeg. von Handel, Wien.
PVerwBl: Preußische Verwaltungsblätter.
Prot: Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
RAO: Reichsabgabenordnung.
RBGB: Bürgerliches Gesetzbuch der Russischen Sozialistischen Föderativen Sowjetrepubliken.
Recht: Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand.
Rechtsprechung: Die Rechtsprechung, herausgeg. vom Verband österreichischer Banken und Bankiers. Wien.
RFH: Entscheidungen des Reichsfinanzhofs.
RG: Reichsgericht.
RGBl: Reichsgesetzblatt.
RGR: Reichsgerichtsräte-Kommentar.
RGSt: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
ROHG: Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
SA: Seufferts Archiv.
UStG: Umsatzsteuergesetz.
WarnRsp: Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgeg. von Warneyer.
ZGB: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch.
ZPO: Zivilprozeßordnung.
Ztschr.f.Handelsr.: Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, herausgeg. von J. v. Gierke.

§ 1. EINLEITUNG.

In letzter Zeit haben sich Wissenschaft und Praxis häufig mit den Problemen der mittelbaren Stellvertretung und Treuhand befaßt [1]). Trotz der erst vor kurzem erschienenen Schrift von Robert Schleß [2]) hat der Verfasser dieser Arbeit es sich erneut zum Ziele gesetzt, sich mit den Problemen dieser Rechtsinstitute auseinanderzusetzen, zumal er in manchen Punkten andere Ansichten als Schleß vertritt [3]). Im übrigen ist nicht nur die allgemeine rechtliche Gestaltung aufgezeigt worden, sondern auch die Behandlung im einzelnen. Um das Bild der Rechtsinstitute möglichst vollständig zu gestalten, hat der Verfasser eine geschichtliche Einleitung vorausgeschickt und einen rechtsvergleichenden Anhang gegeben.

Erster Teil.

§ 2. Das römische Recht.

Wenn ein Römer gezwungen war, ein Geschäft durch einen anderen abschließen zu lassen, so stieß er im Schuldrecht auf den Satz: Per liberam personam obligationem nullam adquirere possumus [1]). Er konnte sich hier also nur eines mittelbaren Stellvertreters bedienen. Die echte Stellvertretung, d. h. das Handeln als Vertreter im Namen eines anderen mit unmittelbarer Wirkung für den Vertretenen hat das römische Recht im allgemeinen verworfen [2]) und nur vereinzelt zugelassen, insbesondere beim Besitzerwerb und dem dadurch vermittelnden Rechtserwerb [3]). Dieser Rechtszustand erklärt sich einerseits aus dem das Geschäftsleben beherrschenden zwingenden Erwerb des Hausvaters durch die Erwerbsakte der Hausangehörigen, und zwar sowohl der Frauen wie der Sklaven. Andererseits beruht er auf dem Wesen der römischen Obligation: „Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura[4])". Dadurch stellt die Obligation das die Parteien umschlingende und den Schuldner mit Körper und Leben verhaftende Band dar, während im heutigen Recht nicht das Verhältnis von Person zu Person, sondern die Leistung den Gegenstand des Schuldverhältnisses bildet. Regelmäßig muß daher die Vertretung im römi-

1) Vgl. die Verhandlungen des 36. Lübecker Juristentages.
2) Mittelbare Stellvertretung und Treuhand, in „Leipziger rechtswissenschaftlichen Studien", Heft 66.
3) Vgl. unten §§ 11, 16, 19, 25, 28.
1) L 126 § 2 D 45, 1; L 11 § 6 D 13, 7; pr. C 4, 27; Gaius II 95.
2) Wenger 157.
3) § 4 I 2, 9.
4) pr. I. 3, 15.

schem Recht eine sogenannte mittelbare sein, wo der Vertreter im eigenen Namen handelt und die Folgen des Geschäfts durch besondere Rechtsakte auf den Geschäftsherrn übertragen muß. Nach prätorischem Recht wurde neben dem, der das Geschäft schloß, auch der Vertretene haftbar. Gegen ihn richteten sich die sogen. actiones adiecticiae qualitatis [5]). Hierhin gehören die actio exercitoria gegen den Rheeder [6]), die actio institoria gegen den Geschäftsherrn aus den Kontrakten der Handels- oder Generalbevollmächtigten [7]), die actio quasi institoria gegen den Geschäftsherrn aus den Geschäften der sonstigen freien Bevollmächtigten [8]) und die sog. actio de in rem verso utilis [9]). Sodann gab das römische Recht auch dem Vertretenen Klagen aus dem Geschäft des mittelbaren Vertreters [10]). Eine Befreiung des Vertreters von seiner eigenen Haftung läßt das römische Recht nur in besonderen Ausnahmefällen eintreten, namentlich beim Vormund nach Beendigung seines Amtes [11]).

Auch das im heutigen Wirtschaftsleben so wichtige fiduziarische Geschäft stellt nicht eine moderne Rechtsschöpfung dar, beruht vielmehr auf dem römischen Recht. Die Römer haben dem Institut den Namen gegeben [12]), das in mannigfachen Arten als fiducia cum creditore und cum amico, als coëmptio und emancipatio fiduciaria vorkommt.

Gemäß der coëmptio fiduciae causa konnte eine Frau von ihrem tutor legitimus zum Schein einem anderen Manne durch coëmptio manzipiert werden. Dieser, der nicht ihr maritus war, remanzipierte sie; durch weitere manumissio wurde sie von der Agnatentutel frei[13]). Die Remanzipation konnte auch an einen Dritten erfolgen, der ihr tutor fiduciarius wird [14]).

Nach der emancipatio fiduciaria manzipierte der Vater sein Kind fiduciae causa einem Dritten, der es freiließ oder dem Vater zwecks manumissio remanzipierte [15]).

Nicht hierher gehört aber das testamentum per aes et libram, bei dem der Testator seinen Nachlaß dem familiae emptor manzipierte und ihn verpflichtete, den Nachlaß an einen Dritten herauszugeben[16]).

Die Bedeutung der fiducia auf dem Gebiete des Personenrechts liegt darin, daß sie vor allem zur Ausbildung der Institute der remancipatio und adoptio beigetragen hat [17]).

---

5) Vgl. Wenger 158 ff.
6) D 14, 1.
7) D 14, 3.
8) L 30 D 3, 5.
9) L 7 § 3 C 4, 26.
10) L 1 u. 2 D 14, 3; L 1 § 18 D 14, 1; L 13 § 25 D 19, 1; L 9 D 26, 7; L 5 D 46, 5; vgl. auch Wenger 161 ff.
11) L 5 § 1 D 26, 9; L 1 C 5, 39.
12) Vgl. besonders Oertmann fiducia 52 ff.
13) Gaius I 114; Manigk fiducia III.
14) Gaius I 115b; Manigk fiducia III; Karlowa 575.
15) Gaius I 132; Manigk fiducia III.
16) Gaius II 102 u. 104; Manigk fiducia III.
17) Sohm 356, 361 f.

Die fiducia cum creditore hatte wie im heutigen Recht den Zweck, den Gläubiger durch Übereignung von Sachen zu sichern. Sein nach außen hin unbeschränktes Vollrecht ist schuldrechtlich aber durch pactum fiduciae gebunden, d. h. er konnte veräußern, war aber als ehrlicher Mann gehalten, von seinem Veräußerungsrecht keinen Gebrauch zu machen. Bei Zahlung mußte der Gläubiger das Eigentum zurückgewähren. Anzunehmen ist, daß die Römer bei dem pactum fiduciae die lex commissoria kannten [18]). Das Gläubigerinteresse wurde hinreichend gewahrt, indem man das pactum de vendendo [19]) in der Kaiserzeit auf die fiducia übertrug; die Schuldnerstellung aber war schlecht. Nach Zahlung der Schuld war dieser nicht sicher, die Sache wiederzuerhalten, die der Gläubiger weitergegeben haben konnte. Gegen diesen hatte er dann die infamierende actio fiduciae[20]), die aber nur einen Schadensersatzanspruch gewährte [21]), und gegen den Dritten nur das schwache Recht der usureceptio [22]). In der Hauptsache bezweckte die fiducia im engeren Sinne die Übertragung des Eigentums als Pfand und als adstipulatio [23]), eine akzessorische Mitgläubigerschaft [24]). Der Adstipulator läßt sich dasselbe versprechen wie der Hauptstipulant und kann dann im Interesse des letzteren unter Wahrung der Rechte des Hauptgläubigers selbständig gegen den Schuldner an drittem Orte vorgehen.

Die fiducia cum amico diente den Zwecken der Leihe oder Verwahrung [25]).

In der Kaiserzeit finden sich schließlich in den Kollegien, Gemeinden und Kirchen Treuhänder, denen der Stifter ein Vermögen mit der Auflage, es zu einem vorgeschriebenen Zwecke zu verwenden, übertragen hat [26]).

§ 3. Das germanische Recht.

Im älteren Deutschen Recht gab es ebensowenig eine unmittelbare Stellvertretung wie im römischen Recht [1]). Ein Hilfsmittel gewährten die Order- und Inhaberpapiere und bei Grundstücksübertragungen die Salmannen. Seit dem 13. Jahrhundert entwickelte sich allmählich das Institut der unmittelbaren Stellvertretung. Soweit später dann eine Stellvertretung zugelassen war, wirkte sie stets unmittelbar für und gegen den Vertretenen. Daneben war eine mittel-

---

18) Manigk fiducia II.; Sohm 342.
19) Manigk Hypothek 75 ff.
20) L 1 D 3, 2; Gaius IV 62.
21) Manigk fiducia II; Sohm 342.
22) Manigk fiducia IV; Sohm 343.
23) § 13 I 3, 19; Gaius III 110—114.
24) Sohm 370.
25) Karlowa 738; Sohm 59; vgl. auch Oertmann fiducia 135 ff.; Schultze JJ 43, 7.
26) Schultze JJ 43, 7; Sohm 193.
1) Beyerle 33 ff.; Gierke Privatrecht § 33; Heusler I 47; Schröder 728.

bare Vertretung zulässig, die im Mittelalter hauptsächlich das Kommissionsgeschäft ausbildete [2]).

Ursprung des Treuhänders im germanischen Recht war der Salmann. Darunter versteht man den die Tradition, d. h. die Sale eines Gutes durch den Eigentümer vermittelnden Zwischenmann [3]). In erster Linie soll er Zuwendungen auf den Todesfall ermöglichen, in zweiter Linie wird er zum sofortigen Vollzug von Übertragungen zugelassen [4]). Der Salmann der salfränkischen Affatomie schuf dem Mann ohne gesetzliche Erben dadurch einen künstlichen, indem er sich das Vermögen des ersteren unter der Bedingung übereignen ließ, es später auf den als Erben Benannten zu übertragen. Das Institut des Salmannes entwickelte sich im Laufe der Zeit auf mannigfache Weise, vor allem im Grundstücksverkehr. Schuldrechtlich tritt der Salmann als Zufänger, ähnlich dem römischen adstipulator [5]) auf. Im kirchlichen Recht erscheint er als Treuhänder von Spenden zu frommen oder gemeinnützigen Zwecken. Handelt es sich um eine Schenkung für laufende Ziele, so ist seine Stellung der einer Stiftung ähnlich. Allmählich wird er auch zum Testamentsvollstrecker und Ausführer letztwilliger Verfügungen im Kampfe gegen das Intestaterbrecht [6]).

Während nun im römischen Recht die Gebundenheit des Treuhänders nur obligatorisch wirkte, der Treugeber also allein auf die actio fiduciae gegen den Treuhänder, der Hauptstipulant gegen den adstipulator bei pflichtwidrigem Handeln einen deliktischen Anspruch aus der Äquilia, später die actio mandati directa [7]) hatte, wirkte die Gebundenheit des Treuhänders im germanischen Recht dinglich nach außen; d. h. handelte dieser wider den vereinbarten Zweck, so war die Verfügung unwirksam und der Treugeber zur Vindikation gegenüber dem Dritterwerber berechtigt. Das Eigentum des Salmanns war mithin resolutiv bedingt [8]). Der Grund des Unterschiedes zwischen römischer und germanischer Treuhand liegt begründet in der Verschiedenheit des Sachenrechts. Bei den Römern, für die die wirkliche dingliche Rechtslage im Verhältnis zu jedem Dritten maßgebend war, würde die Zulassung dinglicher Beschränkungen zu großer Verkehrsunsicherheit geführt haben, da diese Beschränkungen bei dinglicher Kraft der Nacherwerber ohne Rücksicht auf Kenntlichkeit oder guten Glauben gegen sich hätte gelten lassen

2) Dernburg Pandekten 277; Gierke Privatrecht § 33; Regelsberger Pandekten § 162; Windscheid § 73.
3) Heusler I 215; Huber 607, 631.
4) Heusler I § 28.
5) Vgl. oben § 2.
6) Schultze JJ 43, 8.
7) Schultze JJ 43, 9 ff.; Sohm 400 Anm. 4.
8) Beyerle 37 f.; Schultze JJ 43, 10 f.; vgl. auch das bei Schultze angeführte Beispiel aus den Halleschen Schöffenbüchern (III Nr. 443): Uebertragung des Vermögens des Treugebers an seine Ehefrau mit Auflage, es nach seinem kinderlosen Tode 3 Jahre frommen Zwecken zu widmen „dorch got gheven"; „endiede sie des nicht, so schal it sterven up sine nesten erven,"; vgl. ferner Geffcken 179, 181; Hollensteiner 24; Kohler, ArchbürgR 15, 83 ff.

müssen [9]). Im deutschen Recht, in dem das materielle Publizitätsprinzip gilt, ist entscheidend die Offenkundigkeit, die durch die Gewere erreicht wird. Der Nacherwerber wird also von nicht offenkundigen Beschränkungen nicht getroffen, selbst wenn sie dingliche Kraft haben. So gilt im Fahrnisrecht der Grundsatz: „Hand wahre Hand". Später wird aber die bona fides des Dritterwerbers verlangt. Im Liegenschaftsrecht entwickelte sich die Offenkundigkeit von der realen Nutzungsgewere über die carta zum Grundbuch [10]). Ob die römische oder germanische Gestaltung der Treuhand den Vorzug verdient, läßt sich schwer entscheiden. Für das moderne Recht empfiehlt es sich, durch Benutzung der besten Grundsätze beider Systeme den Treuhandbegriff aufzubauen, der den Anforderungen der Wissenschaft und Praxis gerecht wird.

Zweiter Teil.

MITTELBARE STELLVERTRETUNG UND TREUHAND NACH GELTENDEM REICHSRECHT.

Erster Abschnitt:

Begriff der mittelbaren Stellvertretung.

§ 4. Stellvertretung.

Um Rechtsgeschäfte[1]) durch andere Personen vornehmen zu können, bedarf man eines Stellvertreters. Gesetzlich und nach technischem Sprachgebrauch versteht man unter Stellvertretung nur die unmittelbare, d. h. den Geschäftsschluß im Namen des Vertretenen und mit unmittelbarer Wirkung für und gegen ihn [2]). Wer nun zwar für einen anderen, aber im eigenen Namen ein Geschäft abschließt, d. h. die Rechtswirkungen erst in seiner Person hervorruft und dessen Vertretereigenschaft dem Dritten in der Regel nicht ersichtlich wird[3]), stellt keinen Stellvertreter im Sinne des Gesetzes (§§ 164 ff. BGB) dar. Man bezeichnet ihn als mittelbaren, indirekten oder stillen Vertreter (oder als Mittelsmann, Zwischenperson, Ersatzmann). Wir halten den Ausdruck: mittelbarer Stellvertreter für den besten. Die Bezeichnung Zwischenperson ist zu unbestimmt, da man darunter auch

---

9) Nur ausnahmsweise und zögernd hat der Römer den Grundsatz der Unbeschränkbarkeit des Eigentums aufgegeben, vgl. z. B. die lex commissoria beim Kauf L 6 D 18, 5, in diem addictio L 2 § 4 D 41, 4; vgl. ferner Mitteis I 178 ff.; Schultze JJ 43, 15; Sohm 231 f.

10) Schultze JJ 43, 13 ff.

1) Nach Manigk liegt das Wesen der Stellvertretung gemäß §§ 164 ff. BGB in der Vornahme eines Rechtsgeschäftes mit Vertretungsbefugnis und Vertretungswillen. Analoge Anwendung auf Rechtshandlungen ausgeschlossen. Vgl. Manigk, Willenserkl. S. 667, 677, 711 ff., 741.

2) Vgl. §§ 164 ff. BGB.

3) Unrichtig E. Cohn Handeln 9, der Nichterkennbarkeit der Vertretereigenschaft als Erfordernis der mittelbaren Stellvertretung aufstellt.

bloße Gehilfen verstehen kann. Der Name Ersatzmann stellt zu sehr auf die wirtschaftliche Seite des Verhältnisses ab und ist juristisch mißverständlich.

Schloßmann [4]) behauptet demgegenüber, daß die Lehre von dem Bestehen zweier Arten von Stellvertretung, der unmittelbaren und mittelbaren, zwischen denen Vertreter und Vertretener beliebig wählen können und die sich nach dem äußeren Verhalten des Vertreters richtet, falsch sei. Allein das objektive Recht entscheide nach objektiven Gesichtspunkten darüber, wen die Rechtsfolgen zunächst treffen, den Vertreter oder den Vertretenen und ob im einzelnen Falle die Wirkungen des Vertretergeschäfts gleichmäßig in Ansehung des Vertretenen und des Vertreters oder verschieden für jeden von beiden zu bestimmen seien. Ferner seien die Begriffe „Handeln im eigenen und fremden Namen" in der Fassung der herrschenden Lehre und der neuen Gesetzbücher, namentlich des BGB und HGB, inhaltslos. Endlich beruhe der Begriff der Vollmacht auf einer Tautologie.

Was die Forderung Schloßmanns „das objektive Recht müsse nach objektiven Gesichtspunkten entscheiden" anbetrifft, so sagt er nicht, wo diese objektiven Kriterien zu finden sind. Gegen seinen Angriff auf die Vollmacht spricht, daß durch die wiederholte Hervorhebung der Vollmacht [5]) im Gesetz als eines selbständigen Rechtsphänomens die Möglichkeit einer solchen verselbständigten Vollmacht nicht gut bezweifelt werden kann. Wenn man nun die Selbständigkeit nicht gelten lassen wollte, so kann man aber nicht den Begriff der Vollmacht bezweifeln, denn dieser kann sich nicht im Innenverhältnis erschöpfen, sondern muß einen Reflex dieses Verhältnisses in der Außenwelt darstellen [6]). Die Begriffe „handeln im eigenen und fremden Namen" sind keineswegs inhaltslos und geben ein Unterscheidungsmerkmal zwischen unmittelbarer und mittelbarer Stellvertretung.

Die herrschende Lehre vertritt die Ansicht, daß der im fremden Namen handelt, der erklärt oder es wenigstens den Umständen nach erkennen läßt, daß die Geschäftswirkungen nicht ihn, sondern den Vertretenen treffen sollen [7]).

Diese Lehre verkennt aber, daß in manchen Fällen, in denen im eigenen Namen gehandelt wird, die Folgen des Handelns gar nicht den Handelnden treffen [8]). Die Frage, wen die Wirkungen treffen, muß außer Acht gelassen werden, es kommt auf das Handeln „im Namen" an. Danach aber handelt im fremden Namen, der bei Abgabe seiner Erklärung erkennen läßt, daß sie nicht als seine, sondern als die eines andern gewertet, also dem andern zugerechnet werden

---

4) I 379 ff.

5) Vgl. §§ 166 ff., 1945 BGB, §§ 12, 54 ff. HGB.

6) Eingehend gegen Schloßmann: Hupka 23 ff.; Manigk Rechtsgeschäfte 298 ff.; Rümelin ArchzivPrax 93, 134 ff.

7) Curtius ArchzivPrax 58, 75; Enneccerus-Nipperdey § 166 I 1b; Lehmann § 36 IV 2a; Manigk, Rechtsgeschäfte 317 ff.; v. Tuhr II 1 374, II 2 341.

8) Vgl. § 185 BGB.

soll [9]). Damit aber dieser Erfolg eintritt, ist es notwendig, daß der Vertreter Vertretungsmacht hat, die auf Rechtsgeschäft oder Gesetz beruhen kann [10]), oder aber daß der Vertretene seine Genehmigung erteilt.

Da hier von einem Handeln gesprochen wird, so ergibt sich die Abgrenzung zum Boten. Während der Vertreter selbst eine Erklärung abgibt, übermittelt der Bote nur als ein lebendes Werkzeug die Erklärung eines anderen [11]). Leugnet man den Unterschied [12]), so erhält man unmögliche Ergebnisse, indem man z. B. einen Angestellten in gehobener Position, der mit weitgehenden Befugnissen ausgestattet ist, rechtlich einem Briefausträger gleichstellt.

§ 5. Das Handeln im fremden Interesse.

Mit der Feststellung, daß der mittelbare Stellvertreter im Gegensatz zu dem unmittelbaren im eigenen Namen handelt, haben wir erst ein Begriffsmerkmal der mittelbaren Stellvertretung gefunden. Nun handeln aber auch andere Personen im eigenen Namen. Um den mittelbaren Stellvertreter von diesen abzugrenzen, haben manche gemeint, der erstere handele im fremden Interesse [1]) und ihn sogar Interessenvertreter genannt [2]). Interesse im allgemeinen ist alles das, was jemand von dem Eintritt oder Nichteintritt eines Ereignisses haben würde, Vermögensinteresse alles, was für das Vermögen einer Person einen Wert ausmacht [3]). Der Begriff Interesse bedeutete im römischen Recht das, was zwischen zwei Gegebenheiten liegt, daher auch logisch den Unterschied zwischen zwei Größen [4]).

Der Begriff Interesse ist sehr unbestimmt und mehrdeutig und eigentlich nur im HGB hinreichend bestimmt, wonach Gegenstand der Seeversicherung jedes in Geld abschätzbare Interesse bildet, welches jemand daran hat, daß Schiff oder Ladung ungefährdet die Seereise übersteht [5]). Schon die Unklarheit des Begriffes, zu dem im übrigen das BGB keine Stellung genommen hat, macht es unmöglich, das „Handeln im Interesse" zur Festsetzung des Begriffes der mittelbaren Stellvertretung zu gebrauchen. So bedeutet es einmal soviel wie das Wohl, das Beste [6]), ein andermal rechtlichen Vorteil [7]), fer-

---

9) So die richtige Ansicht von Schleß 5 f.; vgl. ferner Enneccerus-Nipperdey § 166 Ib; Crome I 454; Staudinger § 164 3a; a. M. Müller-Erzbach, Stellvertretung 40; Schloßmann I 143 ff.

10) Vgl. Enneccerus-Nipperdey § 168 I 1; Lehmann § 36 IV 4.

11) Enneccerus-Nipperdey § 166 I 1; Lehmann 265; Manigk Rechtsgeschäfte 351 ff., 358, 390.

12) Behrend 343 N 1; Rosenberg 175 ff.; Schloßmann I 52 ff.; 304 ff.

1) F. Leonhard, Vertretung 5; Matthiaß § 56 I; Müller DJZ 1906 S. 167; Töndury 69.

2) Bruns 4; Gareis 14, 34.

3) Cohnfeldt 57, 61.

4) L 10 pr D 40, 4; L 101 pr D 50, 16; Mangelsdorff 1 f.; Manigk, Interesse 297.

5) Manigk, Interesse 299.

6) §§ 5, 1666 I BGB.

7) §§ 368 II, 810, 1167, 2010 BGB.

ner positives oder negatives Interesse, eheliches Interesse [8]) usw.[9]). Endlich stellen sowohl unmittelbarer wie mittelbarer Vertreter Vertreter fremder Interessen dar, auch handelt der letztere häufig auch im eigenen Interesse [10]).

§ 6. Das Kommissionsgeschäft.

Da das Handeln im fremden Interesse, wie wir oben gesehen haben, kein Unterscheidungsmerkmal der mittelbaren Stellvertretung zur unmittelbaren abgibt, müssen wir nach einem anderen suchen und erhalten es aus dem Kommissionsgeschäft, einem Anwendungsfall der mittelbaren Stellvertretung [1]). Kommissionär ist gemäß §§ 383 ff. HGB jeder Kaufmann, der gewerbsmäßig im eigenen Namen, aber für Rechnung eines anderen, des Kommittenten, Waren oder Wertpapiere einkauft oder verkauft. Das Gleiche gilt für den Fall des § 406 HGB, für sogen. Werklieferungsverträge und alles sonstige Handeln eines Kaufmannes oder Kommissionärs im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung [2]).

Was man unter Handeln für Rechnung eines anderen zu verstehen hat, ist streitig. Von vornherein muß die Ansicht abgelehnt werden, daß Handeln im fremden Interesse dem Handeln für fremde Rechnung gleichzusetzen sei [3]).

Breit meint, daß Handeln für fremde Rechnung kein Rechtsbegriff sei, vielmehr der Sprache des täglichen Lebens angehöre und nur besage, daß die Vorteile des Geschäftes einem anderen Subjekt als dem Handelnden zugute kommen sollen, und daß umgekehrt die Nachteile von einer anderen Person als dem Handelnden getragen werden sollen [4]).

Diesen Ansichten kann nicht beigetreten werden, da sie viel zu unbestimmt gehalten sind.

Weidmanns [5]) Begriffsbestimmung stellt zu einseitig auf das Kommissionsgeschäft ab; Manigks [6]) Formulierung: „Daß der Handelnde bereits beim Abschluß seines Geschäftes beabsichtigt, die sämtlichen gemäß seinem Willen zunächst in seiner eigenen Person eingetretenen Rechtswirkungen durch ein besonderes Rechtsgeschäft auf den von ihm indirekt Vertretenen zu übertragen" kommt der Wahrheit näher, paßt aber noch nicht für den Fall der unmittelbaren Stellvertretung. Richtig ist in der Definition das Einführen des Willensmomentes, weil es in dem Willen des Vertreters liegt, das Ergebnis des Handelns auf eigene Rechnung oder die des anderen zu set-

8) § 1358 I, 2 BGB.
9) Vgl. auch Schultzenstein DJZ 1902, S. 515 ff.
10) Vgl. den Provisionsanspruch des Kommissionärs (§ 396 HGB).
1) Die Frage des Selbsteintritts als Besonderheit des Kommissionsgeschäfts soll außer Betracht bleiben.
2) Vgl. im übrigen Schleß 9 ff.; Müller-Erzbach, Handelsrecht 162 ff.
3) Rumpf, ArchzivPrax 119, 56 ff.
4) Bei Düringer-Hachenburg § 383 Anm. 6; Goltż 41.
5) I 21.
6) Rechtsgeschäfte 324.

zen. Wir kommen zu einem geeigneten Begriff des Handelns für fremde Rechnung, wenn wir definieren: Handeln für fremde Rechnung bedeutet, daß der Handelnde bereits beim Abschluß seines Geschäftes beabsichtigt, daß im Verhältnis zu dem andern die Rechtswirkungen seines Handelns diesen treffen sollen [7]).

§ 7. Der Begriff der mittelbaren Stellvertretung.

Mit dieser Feststellung haben wir die Brücke zur unmittelbaren Stellvertretung geschlagen und sind nun in der Lage, mittelbare und unmittelbare Stellvertretung unter dem Oberbegriff der Stellvertretung i. w. S. zusammenzufassen. Wir definieren somit, daß unmittelbarer Stellvertreter der ist, der im fremden Namen für fremde Rechnung handelt, mittelbarer, der im eigenen Namen für fremde Rechnung handelt [1]). Voraussetzung dafür aber, daß die Rechtswirkungen des Handelns den anderen treffen, ist, daß bei der unmittelbaren Stellvertretung der Vertreter mit Vollmacht handelt oder eine nachträgliche Zustimmung des Vertretenen vorliegt, bei der mittelbaren, daß das Innenverhältnis entsprechend gestaltet ist [2]).

§ 8. Müller-Erzbachs Interessenlehre.

Müller-Erzbach hat den Versuch unternommen, die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage zu entwickeln unter Berufung auf geltendes Recht, nämlich die Seeversicherung für fremde Rechnung [1]). Er behauptet, daß es bei der mittelbaren Stellvertretung die Interessenlage stets erfordere, daß der Vertretene unmittelbare dingliche und obligatorische Ansprüche haben und ferner, daß neben dem Vertreter auch der Vertretene dem Dritten haften müsse [2]).

Was indessen bei der Seeversicherung den Beteiligten erwünscht sein mag, ist keineswegs bei anderen Geschäften der Fall. Im Gegenteil hat der mittelbare Stellvertreter häufig den Wunsch, wegen etwaiger Regreßansprüche den erworbenen Gegenstand in seiner Hand zu haben [3]). Auch stellt die Konstruktion der Seeversicherung als mittelbare Stellvertretung [4]) eine Analogie dar, die an falschen Voraussetzungen leidet.

Die Rechtswirkung der Seeversicherung für fremde Rechnung gemäß §§ 882 ff., 886 HGB geht dahin, daß der Versicherte die Forderungen aus dem Vertrage unmittelbar gegen den Versicherer er-

---

7) Müller-Erzbach, Handelsrecht 163; Nußbaum 47 ff.; Schleß 13; Schmidt-Rimpler VI 490 ff.

1) Manigk, Rechtsgeschäfte 324; Pestalozzi 39; Schleß 14; Schmidt-Rimpler 493.

2) Vgl. unten § 19.

1) §§ 778 ff. HGB.

2) Stellvertretung 9.

3) In diesem Sinne auch die Regelung des HGB in den §§ 392, 399; Mangelsdorff 17.

4) Stellvertretung 65.

wirbt, und ergibt daher zweckgemäß einen Vertrag zugunsten Dritter [5]). Gelegentlich kann wohl das Ausführungsgeschäft der mittelbaren Stellvertretung einen Vertrag zugunsten Dritter darstellen [6]), jedoch nicht im Normalfall. Wenn Müller-Erzbach das Recht auf Grund einer Interessenabwägung bilden will [7]), so gelangt er damit nicht zur Rechtsfindung. Er gibt keinen Anhaltspunkt, nach welchem Maßstab man zwischen widerstreitenden Interessen den „besten" Ausgleich findet [8]). Das Recht ordnet zwar die Interessen, aber es folgt ihnen nicht nur, sondern weist ihnen den Weg [9]).

Zweiter Abschnitt.

Begriff der Treuhand.

§ 9. Fiduziarisches und simuliertes Geschäft.

Früher war es umstritten, ob die fiduziarischen Geschäfte gültige Geschäfte darstellen oder ob man sie als simulierte und damit als nichtige Geschäfte anzusehen habe. Für die h. M.[1]) ist diese Frage jetzt geklärt. Es unterliegt keinem Zweifel, daß die fiduziarischen Geschäfte nicht den simulierten zuzurechnen sind, weil sie im Gegensatz zu den letzteren einen wirklich gewollten Inhalt haben.

Demgegenüber vertritt Wilutzky [2]) die Ansicht, daß das fiduziarische Geschäft lediglich eine Art, allenfalls noch eine besondere Unterart der verdeckten Geschäfte sei.

Müller [3]) erblickt in einem Teil der fiduziarischen Geschäfte „der Inkassozession" ein Scheingeschäft insofern, als der Inkassozessionar als Gläubiger gelten soll und die Inkassozession einen Auftrag oder Bevollmächtigung zur Beitreibung der Forderung enthält".

Nach Schöninger [4]) stellt die Inkassozession ein verdecktes Vollmachtsverhältnis (mit oder ohne Auftrag) dar.

Kohler [5]) endlich trennte von dem Scheingeschäft das verdeckte, verstand aber unter diesem auch das fiduziarische, bis später Regels-

---

5) K. Lehmann, Handelsrecht § 232, 1; Manigk, Interessenjurisprudenz 311 f.; anders freilich für Schweizerisches Recht Pestalozzi 115; vgl. ferner unten § 35.

6) Oertmann, Vorb. 7 zu § 164; Pestalozzi 111 f.; Schleß 16.

7) Stellvertretung 95.

8) Stellvertretung 95.

9) Eingehend gegen Müller-Erzbach vgl. Manigk, Interessenjurisprudenz 315; vgl. ferner Mangelsdorff 13 ff., insbes. 16 ff.; Neubecker Grünhuts Z 36, 31 ff.; Oertmann, Vorb. 6 zu § 164 und „Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft" (1931).

1) Cosack § 65 IX; Crome § 76; Enneccerus-Nipperdey 139 II; Lehmann § 34 II 2b; Schleß 27; Staudinger § 117 IVa; Warneyer § 117 IV; ferner E 25, 207; 37, 103; 39, 166.

2) JW 1901 S. 711, DJZ 1901 S. 20.

3) Bl.f.Rechtsanw. 72, 978.

4) ArchzivPrax 96, 196.

5) JJ 16, 140 ff.

berger [6]) den Begriff des fiduziarischen Geschäfts als unabhängig von dem simulierten und dissimulierten klarstellte.

In neuerer Zeit hat Fuchs [7]) versucht, durch Ausdehnung des Simulationsbegriffes die fiduziarischen Rechtsgeschäfte mitzuumfassen und als nichtig zu erklären.

Gewiß kann im Einzelfalle das fiduziarische Geschäft ein nichtiges Scheingeschäft darstellen [8]); das gilt aber nicht für den Normalfall. Mit Recht ist daher die h. M. dem nicht gefolgt [9]).

§ 10. Die Ansichten des Schrifttums.

Wenn nun zwar die Unterscheidung zwischen simuliertem und fiduziarischem Geschäft als gesichert anzusehen ist, so herrscht größte Unklarheit darüber, wie der Begriff der Treuhandgeschäfte formuliert werden soll.

Das Reichsgericht [1]) vertritt die Ansicht, daß der Treuhänder zwar formell und juristisch, nicht aber materiell und wirtschaftlich berechtigt sei.

Verwandt damit ist die von Regelsberger [2]) begründete Lehre, wonach für die Treuhand das Mißverhältnis zwischen juristischem Mittel und wirtschaftlichem Zweck entscheidendes Merkmal sein soll [3]).

Die Ansicht eines geteilten Eigentums scheitert an der absoluten Wirkung desselben und ist mit dem geltenden Recht unvereinbar. Im übrigen kann eine solche relative Rechtsstellung, Berechtigung des Treuhänders nur nach außen, allein durch Gesetz, nicht aber durch Parteiwillkür geschaffen werden [4]).

Eine andere Theorie [5]) spricht dem Treuhänder nach außen hin jedes Herrschaftsrecht ab und legitimiert ihn nur, das ihm nicht zustehende, übertragene Recht im eigenen Namen geltend zu machen. In Fortführung dieser Theorie hat Gerstle [6]) die fiduziarische Berechtigung als Verwaltungsrecht, bezw. Verwaltungsmacht zu kon-

6) ArchzivPrax 63, 173.
7) ArchzivPrax 115, 84 ff.
8) WarnRspr. 18, Nr. 130; Soergel § 117, 5.
9) Vgl. gegen Fuchs Klausing KVJ Schr. 57, 290 ff.; Schleß 27; Staudinger III Abschn. Einl. VI H.

1) E 45, 85, 91, 12; E in JW 1926 S. 2571; vgl. auch RFH 17, 254; 18, 90; 19, 21; Soergel § 117, 5.
2) ArchzivPrax 63, 173.
3) Berolzheimer 4 f.; M. Cohn 10; Crome I 333; Enneccerus-Nipperdey § 139 II; Hein 51 ff.; Hertz 34; Jaeger § 43 Anm. 38; Katzenstein, Gruchot 49, 325; Kiehl JW 1922 S. 788; v. Lang, ArchzivPrax 83, 336 ff.; Lehmann § 34 II 2; Luetgebrune 2; Manigk, Fiducia VII; Metzner § 1 Anm. 5; Michaelis Art. 9 Anm. 5; Oertmann § 117, 5; Planck § 117, 7; Podkomorski 5, 34; RGR Vorb. 6 zu § 104; Schöninger ArchzivPrax 96, 172; Tarnowski 4; v. Tuhr II, 2, 186; Wendt, ArchzivPrax 100, 276; Wilutzky JW 1901 S. 710 f., DJZ 1901 S. 20.
4) Gerstle 85; Proskauer 22 f.; Schleß 31 f.; vgl. unten § 33.
5) E. Cohn, Zeitschr. f. Handelsr. 92, 348 ff.; Gieseke DJZ 1926 Sp. 503; Jander JW 1913 S. 471 ff.; Schmidt, Gruchot 57, 243 ff.; Schumann 106; Skonietzki, Gruchot 29, 216 ff.; Troeltsch 39 f.
6) 81 f., 133 ff.

struieren gesucht, wobei letztere eine den Treuhänder nicht beschränkende Fähigkeit, das erstere ein absolutes Herrschaftsrecht eigener Art sein soll, das dem Treuhänder Schranken auferlegt. Auch das Reichsgericht vertritt den Standpunkt der Legitimationstheorie, wenigstens in Bezug auf das Inkassoindossament [7]) und der Legitimationsübertragung von Aktien zur Ausübung des Stimmrechts [8]). Im übrigen schwankt die Rechtsprechung, indem einmal die Ermächtigung zur Prozeßführung für fremde Rechte zugelassen [9]), später aber von einem eigenen schutzbedürftigen Interesse abhängig gemacht wird [10]).

Der Legitimationstheorie kann nicht beigetreten werden. Einmal stellt nicht jede Ausübung eines Rechts eine Verfügung gemäß § 185 BGB dar, ferner wird der Berechtigte an selbständigen Verfügungen auf Grund der Ermächtigung nicht gehindert. Eine allgemeine Zulassung der Überlassung der Rechtsausübung kann auch nicht nach dem Grundsatz a maiore ad minus gefolgert werden, auch nicht daraus, daß im Gesetz gelegentlich die Überlaßbarkeit unübertragbarer Rechte anerkannt wird. Für die Fälle der Prozeßstandschaft gilt das Gleiche. Wenn es gesetzliche Verhältnisse dieser Art für fremde Rechnung gibt, so folgt daraus noch nicht die Zulässigkeit einer vertraglichen Begründung [11]). Was gegen die Legitimationstheorie einzuwenden ist, spricht auch gegen Gerstles Theorie. Er gibt selbst zu, daß das geltende Recht für seine Meinung keinen Anhaltspunkt enthält [12]).

Nach Schultzes Interessenlehre [13]) ist der Treuhänder, wer Eigenrechte mit der Bestimmung empfangen hat, sie nicht im eigenen Interesse zu gebrauchen [14]).

Gegen diese Theorie ist einzuwenden, daß die Unbestimmtheit des Begriffes „Interesse“ [15]) keine genaue Abgrenzung der Treuhandverhältnisse ermöglicht.

Nach Beyerle [16]) ist Treuhand die vertretungsweise uneigennützige Belangwahrung, deren Stichwort laute: Tua res a me quasi mea agitur. An sich fremdnützig, könne sich die Treuhand auch mit Eigennutz verschwistern.

Gegen diese Theorie spricht, daß sie die Begriffe der Stellvertretung und Treuhand miteinander vermischt [17]), wenn sie von „ver-

---

7) E 117, 71 f.
8) E 118, 331 ff.
9) E 78, 90; 73, 308; 94, 137; anders E 57, 92.
10) E 121, 311 f., RG in JW 1918 S. 512 Nr. 12, JW 1926 S. 252 f. Nr. 8, JW 1929 S. 1747 f. Nr. 12, RG in LZ 1930 Sp. 666 f. Nr. 10.
11) Durchholz Gruchot 47, 538; Ludewig 30 ff., 34; Müller Bl.f.Rechtsanw. 72, 974 ff.; Podkomorski 10 ff.; Schleß 34 ff.; Schmidt Gruchot 57, 245.
12) 142.
13) JJ 43, 1.
14) Vgl. auch Dalberg LZ 1915 Sp. 411; Güthe 1772; Hoffmann, Ztschr. f. Handelsr. 65, 345; Oertmann Vorb. 8 zu § 164; Seidler 6.
15) Vgl. oben § 5.
16) 19, 24.
17) Vgl. unten § 34.

tretungsweiser" Belangwahrung spricht. Eigennützigkeit, Fremdnützigkeit und Belangwahrung vollends sind Merkmale, die die Treuhand mit der mittelbaren Stellvertretung teilt und eine scharfe Trennung der beiden Rechtsfiguren unmöglich macht [18]).

Warneyer [19]) versteht unter fiduziarischen Geschäften solche, bei denen der Geber einem anderen aus seinem Vermögen ein bestimmtes Vermögensstück anvertraut, um einen gewissen Zweck zu erreichen.

Nach Dernburg [20]) finden bei Treuhandgeschäften Übertragungen von Sachen oder Rechten statt, welche wirtschaftlich nicht die Vermehrung des Vermögens des Treuhänders bezwecken, sondern sich andere Ziele mannigfacher Art stecken. Bei allen Veräußerungen, bei denen dem Erwerber ein gewisses Verfahren mit dem veräußerten Objekt vorgeschrieben sei und sich der Veräußerer der ferneren Einwirkung auf das Objekt zu enthalten habe, hat man nach Schöninger [21]) von fiduziarischen Rechtsgeschäften zu sprechen.

Förster-Kann [22]) endlich definiert die Treuhandgeschäfte dahin, daß darunter ein Kreis von Geschäften zu verstehen sei, bei denen der Treugeber dem Treuhänder an einem Vermögensstück das Eigentum zur Erreichung gewisser wirtschaftlicher Zwecke überträgt, nach deren Erledigung der Treuhänder das Eigentum zurückzuübertragen habe.

Diese letzten Definitionen sind so unklar gehalten, daß sie als ungeeignet für eine prägnante Regelung der Treuhandgeschäfte abzulehnen sind [23]).

§ 11. Die Lösung.

In neuester Zeit hat Schleß [1]) unter Zuhilfenahme des Instituts der Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung den Treuhandbegriff dahingehend formuliert, daß Treuhänder ist, wem für fremde Rechnung Rechte zustehen [2]). So knapp und prägnant diese Definition an sich ist, so fehlt doch darin der Hinweis auf das Besondere der Treuhandgeschäfte, nämlich das Vertrauen.

Wir definieren daher, daß Treuhänder ist, wem Rechte zu eigen für fremde Rechnung anvertraut sind. Wenn Schleß meint, dem Wortsinn nach brauche dem Treuhänder nichts anvertraut zu sein, sondern als Treuhänder habe er nur eine gewisse Treupflicht zu beob-

---

18) Vgl. oben § 5.
19) § 117 IV.
20) 502.
21) ArchzivPrax 96, 171.
22) § 771 3b.
23) Schleß 38 ff.
1) 42 f.
2) Dieser Definition kommen nahe: RFH 20, 111 f.; Kisch 38; Kleinfeller § 37 I 1; Schöny ArchzivPrax 35, 332.

achten [3]), so weist uns doch schon die Geschichte der fiduziarischen Geschäfte (fiducia, fides = Vertrauen, Zuverlässigkeit, Sicherheit) [4]) darauf hin, daß es zu den Essentialen dieser Geschäfte gehört, daß dem Treuhänder etwas fidei causa gegeben wird.

Wann nun ein echtes Treuhandverhältnis vorliegt, ist bestritten. Nach dem Reichsgericht muß dem Treuhänder von dem Treugeber ein Gegenstand unmittelbar aus dem Vermögen des letzteren anvertraut sein [5]), nach Schultze [6]) muß die Rechtsübertragung mit der Bestimmung erfolgen, daß der übertragene Gegenstand ihm als Treuhänder zustehen solle, und nach Schleß braucht die Treupflicht auf keinem Rechtsverhältnis zu beruhen [7]), sondern es soll ausschlaggebend sein, ob der Treuhänder für fremde Rechnung erwerben will, sofern dieser Wille irgendwie rechtserheblich zum Ausdruck gekommen ist [8]).

Wir meinen nun, daß die Ansicht des Reichsgerichtes den Treuhandbegriff zu sehr einschränkt [9]), die Ansicht von Schleß aber über das Ziel hinausschießt. Schultze kommt dem Richtigen nahe, wenn man seine Ausführungen dahin verändert, daß ein Treuhandverhältnis vorliegt, wenn dem Treuhänder etwas, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, jedenfalls rechtserheblich erkennbar gleichviel aus wessen Vermögen anvertraut ist. Wir sprechen hier natürlich nur in Bezug auf rechtsgeschäftliche Treuhänderschaften. Wir finden aber für unsere Meinung, daß man das Entstehen der Treuhänderstellung auf einen Vertrag zwischen Treugeber und Treuhänder zurückzuführen hat, einen Anhaltspunkt in § 3 I Z 7 des Aufwertungsgesetzes vom 16. 7. 1925, wo von einem „Erwerb auf Grund eines Treuhänderverhältnisses" gesprochen wird [10]).

Wir werden auch mit unserer Meinung dem bei Schleß [11]) angeführten Beispiel gerecht, wo A durch Vermittlung seiner Bank aus seinem Vermögen einen Betrag dem Treuhänder B überweist, indem wir sagen, daß diese Überweisung auf Grund des zwischen A und B bestehenden Treuhandvertrages erfolgt und B daher als Treuhänder den Betrag erwirbt. Wenn wir schließlich den Treuhänder als Rechtsträger für fremde Rechnung bezeichnen, so haben wir damit die Möglichkeit gewonnen, mittelbare Stellvertretung und Treuhand unter dem gemeinsamen Oberbegriff der Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung zusammenzufassen [12]).

---

3) 51 f.
4) Manigk fiducia pr.
5) E 45, 81 f.; 84, 217; 127, 344 ff.
6) JJ 43, 1 ff.; vgl. auch OLG München in LZ 1917 Sp. 1369 Nr. 8.
7) 52.
8) 50.
9) Nord 29 f.; Schleß 48 ff.
10) RFH 18, 19; Kammergericht in LZ 1930 Sp. 1119; Goltz 12 ff.; Hein ArchTreuW 24, 457; Lion § 1 Anm. 7; Schöny 25 ff.
11) 49.
12) Vgl. auch Schleß 13 f., 42 f.; ferner oben § 6.

Dritter Abschnitt.

Das Wesen der mittelbaren Stellvertretung.

§ 12. Die rechtliche Zulässigkeit.

Nachdem wir in den vorhergehenden Abschnitten uns mit den Begriffen der mittelbaren Stellvertretung und Treuhand beschäftigt haben, soll im Folgenden das Wesen dieser Institute behandelt werden.

Das Bürgerliche Gesetzbuch beschäftigt sich im 5. Titel des ersten Buches nur mit der unmittelbaren Stellvertretung und bringt einen singulären Hinweis auf die mittelbare in § 456 [1]). Die Anregungen Jakubetzkys [2]) und dementsprechende Anträge bei der zweiten Lesung [3]) für Aufnahme von Vorschriften über die mittelbare Stellvertretung wurden abgelehnt. Trotz Nichtregelung des Instituts im Bürgerlichen Gesetzbuch kann aber die Zulässigkeit desselben nicht bezweifelt werden, zumal das Handelsgesetzbuch in dem Kommissionsgeschäft eine Erscheinungsform behandelt [4]).

Im Einzelfalle kann die mittelbare Stellvertretung ein nichtiges Scheingeschäft gemäß § 117 I BGB darstellen, nämlich wenn der Geschäftsgegner damit einverstanden ist, daß nicht der Strohmann (Vertreter), sondern der Hintermann erwerben soll, wobei der Erwerb des Strohmannes simuliert und nichtig, ein Erwerb des Vertretenen durch den Strohmann als unmittelbaren Stellvertreter beim Vorliegen der Erfordernisse für dieses verdeckte Geschäft möglich ist [5]).

§ 13. Die wirtschaftliche Bedeutung.

Die mittelbare Stellvertretung hat im heutigen Wirtschaftsleben eine mehrfache Bedeutung: Erleichterung des Verkehrs, Verschaffung von Kredit und Verbergen des Hintermannes.

Was die erstere Funktion anbetrifft, so ergibt sich ihre Wichtigkeit von selbst. Der Dritte hat ja die Möglichkeit, sich sofort an den Stellvertreter als Selbstkontrahenten halten zu können, ohne sich erst um den vielleicht im Ausland befindlichen, schwer zu ermittelnden und zu erreichenden Vertretenen bemühen zu müssen. Der Stellvertreter wiederum hat alle Rechte aus dem Vertrage und somit größtmögliche Sicherheit für seine Ansprüche gegen den Mandanten. Der letztere hat den Vorteil, nur dem ihm bekannten Stellvertreter verpflichtet zu sein und nicht irgendeinem Drittkontrahenten. Für den Dritten bedeutet es auch eine große Erleichterung, daß er nicht die Legitimation des Stellvertreters zu prüfen braucht; denn der Nachteil der unmittelbaren Stellvertretung liegt gerade darin, daß der

---

1) „Kaufen durch einen anderen".
2) 31, 146, 177.
3) Prot II 360 ff.
4) §§ 383 ff. HGB.
5) E 69, 49 ff.; Enneccerus-Nipperdey § 156 Anm. 13.

Dritte das Risiko des Bestehens einer Vertretungsmacht eingeht, wenn er mit einem unmittelbaren Stellvertreter kontrahiert [1]).

Die weitere Bedeutung der mittelbaren Stellvertretung liegt in der Verschaffung von Kredit. Der ungeheure Aufschwung, den das Kommissionsgeschäft seit Ausgang des Mittelalters genommen hat, erklärt sich aus den Kreditbedürfnissen im überseeischen Verkehr, wo der Kaufmann sich eines am Orte bekannten anderen Kaufmannes als mittelbaren Stellvertreter bediente, um dessen Kenntnisse der dortigen Verhältnisse und seinen Kredit zu benutzen [2]). Bei den Börsengeschäften braucht der Verkehr den Kommissionär, da nur gewissen Personen, den anerkannten Agenten, das Auftreten an der Börse gestattet ist. Auch im nichtkaufmännischen Verkehr bedient man sich häufig des Kredites eines anderen.

Eine große Rolle spielt dabei, daß es dem Auftraggeber häufig erwünscht ist, im Hintergrund zu bleiben, um auf diese Weise geschäftliche Nachteile zu vermeiden. Man denke dabei z. B. an größere Grundstückskäufe durch Unternehmungen zwecks Neubauten, Aufkäufe von Aktien zur Gewinnung der Stimmenmehrheit, an den Kunsthandel usw. Hierhin gehört auch der nach dem Kriege einsetzende Boykott deutscher Firmen, die sich des Umweges über mittelbare Stellvertreter bedienen mußten, um auf diese Weise Waren im Auslande absetzen zu können. Verbote für Ausländer oder andere Personenklassen, bestimmte Rechtsgeschäfte abzuschließen, werden dadurch illusorisch gemacht, indem Personen, für die keine Hindernisse bestehen, als in eigenem Namen, aber für fremde Rechnung handelnd vorgeschoben werden [3]).

Aus allem diesem erhellt, daß auch heute noch die mittelbare Stellvertretung eine große Rolle im Wirtschaftsleben spielt, wie man sich ja überhaupt den ganzen Waren- und Börsenverkehr nicht ohne Zuhilfenahme der Kommission denken kann.

§ 14. Erscheinungsformen.

Als wichtigste Erscheinungsform hat dank seiner Verbreitung das Kommissionsgeschäft seine Regelung in den §§ 383 ff. HGB gefunden. Man versteht zunächst unter ihm den gewerbsmäßigen Kauf und Verkauf von Waren und Wertpapieren. § 406 HGB erweitert aber die Vorschrift des § 383 dahin, daß diese auch dann anzuwenden ist, wenn ein Kommissionär oder Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes andere Geschäfte als der in § 383 bezeichneten Art im eigenen Namen für fremde Rechnung zu schließen übernimmt; § 406 II HGB rechnet noch die Werklieferungskommission dazu.

---

1) Müller-Erzbach, Handelsrecht 167; Pestalozzi 31; Schleß 19 f.; Schmidt-Rimpler 565.

2) Müller-Erzbach, Handelsrecht 174 ff.; Pestalozzi 29; Schleß 18 f.

3) Deumer Zeitschr.f.Handelsr. 84, 353; Gierke Handelsrecht 612 ff.; Pestalozzi 29 ff.; Schmidt-Rimpler 565.

Eine Unterart der Kommission stellt das Speditionsgeschäft [1]) dar, in welchem ein Spediteur Güter für fremde Rechnung im eigenen Namen versendet.

Ferner gehört hierher der Kommissionsverlag, bei dem der Verleger das Werk für fremde Rechnung, aber in eigenem Namen vertritt, sofern er nur gewerbsmäßig handelt [2]).

Die sogen. Annoncenexpeditionen können bei Kaufmannseigenschaft des Unternehmens Kommissionsgeschäfte gemäß § 406 HGB sein; desgl. die Aufführungsagenturen, soweit sie Aufführungsverträge mit Theater- oder Konzertdirektionen im eigenen Namen für Rechnung des Verfassers abschließen, die Agenturkommission, bei der ein selbständiger Kaufmann den ständigen Auftrag hat, für das Handelsgewerbe eines anderen Geschäftes für dessen Rechnung, aber in eigenem Namen abzuschließen [3]).

Endlich gehören in diesen Zusammenhang noch die Verkaufsstellen der Kartelle. Entweder bilden diese ein außerhalb des Kartells stehendes Bankhaus, das die Waren für Rechnung des Kartells oder seiner Mitglieder absetzt, und stellt dann eine Kommissionsagentur dar [4]), oder die Verkaufsstelle betreibt als juristische Person innerhalb des Kartells, das als Handelsgesellschaft, Genossenschaft oder Doppelgesellschaft organisiert ist, den Verkauf und bildet eine Kommissionärin, soweit sie für fremde Rechnung innerhalb der körperschaftlichen oder gesellschaftlichen Rechtsbeziehungen handelt [5]).

Nicht in diesen Zusammenhang gehören aber die Inkassokommission, bei der nur selten ein Auftreten des Kommissionärs im eigenen Namen vorliegt, das buchhändlerische Konditionsgeschäft [6]), die Versicherung für fremde Rechnung, die nach h. M.[7]) einen Vertrag zugunsten Dritter darstellt, und der Trödelvertrag, für dessen Auslegung je nach dem wirtschaftlichen Zweck und Willen der Parteien, Auftrags-, Kaufs-, Kommissions-, Werkvertrags-, Dienstvertrags- oder Gesellschaftsvertragsbestimmungen angewendet werden [8]).

Vierter Abschnitt.

Das Wesen der Treuhand.

§ 15. Die rechtliche Zulässigkeit.

Wie für die mittelbare Stellvertretung finden sich auch für Begriff und Wesen der Treuhand keine gesetzliche Normen. Trotz-

1) §§ 407 ff. HGB.
2) E 78, 298; RG in SA 80 S, 250 Nr. 146; Nußbaum 25; Schmidt-Rimpler 524.
3) Nußbaum 20 ff.; Schmidt-Rimpler 524 ff.
4) Flechtheim 70; Schleß 23.
5) E 73, 429 ff.; 108, 20 ff.; Flechtheim 71 ff.; Schleß 23 f.; a. M., im Ergebnis ungefähr gleich Schmidt-Rimpler 521 ff., 528.
6) Schmidt-Rimpler 534 ff.
7) Vgl. oben § 8 Anm. 5.
8) Enneccerus-Lehmann § 322 Anm. 3; Siber JJ 70, 258 II; vgl. auch die Quellen § 28 J 4, 6; L 17 § 1 D 19, 5; Windscheid II 439 ff.

dem darf man ihre Zulässigkeit nicht verneinen, zumal § 223 II BGB von der Übertragung eines Rechtes zur Sicherung eines Anspruches spricht und damit das fiduziarische Rechtsgeschäft sogar im Gesetz anerkannt wird [1]). Zweifellos ist es aber vor allem durch Rechtsprechung und Rechtslehre anerkannt.

Im Einzelfalle kann das Treuhandgeschäft ein Scheingeschäft darstellen [2]) oder unter Umständen gegen die guten Sitten verstoßen [3]). Von größerer Bedeutung ist aber die Frage, ob einzelne fiduziarische Geschäfte ein in fraudem legis agere, einen rechtsgeschäftlichen Schleichweg, bedeuten. Eine Gesetzesumgehung liegt dann vor, wenn durch eine erlaubte Rechtsform ein durch positiven Rechtssatz verbotener Erfolg erzielt werden soll. Ein solcher Fall ist gegeben, wenn ein Schuldner einen Gegenstand, um ihn dem Zugriffe der Gläubiger zu entziehen, z. B. in Form eines Scheinverkaufes auf einen anderen überträgt mit der Vereinbarung, daß der Gegenstand nach Vorübergehen der Gefahr rückübertragen werden soll [4]).

Umstritten war die Frage, ob die Sicherungsübereignung mittels constitutum possessorium wegen Umgehung des Verbotes eines traditionslosen Pfandrechtes nichtig ist. Nach ständiger Rechtsprechung der deutschen Gerichte [5]) hat sich die Anerkennung der Sicherungsübereignung auch im Schrifttum [6]) durchgesetzt.

Den Gegnern [7]) derselben kann man schon die Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches entgegenhalten, nach der der Antrag, eine Eigentumsübertragung durch Besitzkonstitut dann nicht zuzulassen, wenn den Umständen nach dem Erwerber Sicherheit wegen einer Forderung verschafft werden soll, mit der Begründung abgelehnt wurde, daß das Kreditbedürfnis der kleinen Leute die Sicherungsübereignung erforderlich mache [8]). Ob allerdings unter einem Recht in § 223 II BGB, der die fiduziarischen Rechtsgeschäfte anerkennt, auch das Eigentum verstanden werden kann, erscheint zweifelhaft; doch sprechen dafür andere Gesetzesstellen, wo unter einem Recht auch das Eigentum begriffen wird [9]). Bedenkt man ferner, daß das Wirtschaftsleben ohne besitzloses Sachpfand nicht auskommen

1) E 57, 174; M. Cohn 15; Enneccerus-Nipperdey § 139 II, 1; Oertmann § 117, 5; Planck § 223, 3; Schleß 106 f.

2) Vgl. oben § 9 Anm. 8.

3) E 77, 210; OLG Dresden in SA 67, 462 ff.; OLG Rostock das. 259 Nr. 147 u. in SA 69, 389 Nr. 211; für die Sicherungsübereignung insbes. vgl. E 136, 247 und 293; ferner Brandt in den „Wirtschaftlichen Kurzbriefen" Gruppe 22b Blatt 67.

4) E 67, 166 ff.; RG in Gruchot 55, 883 ff.; das. 58, 825 ff.; Enneccerus-Nipperdey 139 II, 5; Oertmann § 117 5b.

5) E 57, 177; 59, 146; 62, 126; OLG Dresden in SA 67, 462 Nr. 259; OLG München in OLG E 26, 42.

6) Boschan in JW 1912 S. 8 f.; Cosack I 166 ff.; Crome I 334; Endemann II 911; Höbel 10 f.; Luetgebrune 15 ff.; Möller JW 1912 S. 720 f.; Planck § 233, 3; Schleß 105 ff.; Seidler 50; Soergel § 117, 6; Staudinger § 117 V.

7) Caspari 35 ff.; Katzenstein Gruchot 49, 326 ff.; Stammler 404; Wilutzki DJZ 1901 S. 20.

8) Prot. III 200 ff.

9) Z. B. §§ 892 ff. BGB; a. M. Groß 6 f.; Hoeniger 39.

kann, so muß man die Sicherungsübereignung als gültig ansehen. Überdies hat sie durch Rechtsprechung und Wissenschaft gewohnheitsrechtliche Anerkennung gefunden [10]).

In diesem Zusammenhange ist noch auf die lex commissoria des § 1229 BGB einzugehen. Wenn eine solche Verfallsklausel beim Pfandgeschäft verboten ist [11]), so würde man inkonsequent handeln, wenn man sie bei der Sicherungsübereignung zuließe. Denn auf diesem Wege könnten die Gläubiger zu einer Umgehung des Verbotes der lex commissoria gelangen. Ob das ganze Geschäft bei einer vereinbarten Verfallsklausel der Nichtigkeit anheimfällt oder nur ein Teil, beurteilt sich nach § 139 BGB [12]). Eine Nichtigkeit des Instituts der Sicherungsübereignung im allgemeinen kann aber nicht aus § 1229 BGB hergeleitet werden [13]).

Wie weit endlich die Übereignung ganzer Warenlager zulässig ist, wird bestritten [14]). Jedenfalls kann diese sich, da es keine Verfügung über Sachinbegriffe gibt, nur auf bestimmte Waren oder Waren bestimmter Gattung beziehen [15]).

§ 16. Die wirtschaftliche Bedeutung.

Nachdem wir die Zulässigkeit der Treuhandgeschäfte untersucht und bejaht haben, werden wir im Folgenden ihre Bedeutung für das Wirtschaftsleben behandeln. Während im Ausgange des 19. Jahrhunderts das Treuhandwesen so gut wie gar keine Rolle spielte, hat es sich in den letzten Jahrzehnten ganz außerordentlich entwickelt. Die verschiedensten Unternehmungen führen den Namen Treuhand in ihrer Firma, hauptsächlich aus Reklamezwecken, weil sich mit dem Worte „Treuhand" alsbald die Vorstellung der Ehrlichkeit verknüpft [1]). So betreiben diese Gesellschaften, die in der Form von

10) Vgl. oben § 15 Anm. 5 und 6, ferner Enneccerus-Nipperdey § 139 II, 5; Heck, Sachenrecht 432 ff.; Enneccerus-Wolff § 163 I; auch die Gesetzgebung hat die Sicherungsübereignung in den letzten Jahren wiederholt genannt, so u. a. in § 22 des Gesetzes betr. die Ermöglichung der Kapitalkreditbeschaffung für landwirtschaftliche Pächter vom 9. Juli 1926 (RGBl. I S. 399), in § 18 des Gesetzes über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses (Vergleichsordnung) vom 5. Juli 1927 (RGBl. I S. 139), in § 260a HGB in der neuen Fassung gemäß der Verordnung des Reichspräsidenten über Aktienrecht, Bankenaufsicht und über eine Steueramnestie vom 19. September 1931 (RGBl. I S. 493), in § 14 der Durchführungsverordnung vom 5. Dezember 1931 (RGBl. I S. 691), zu § 8 der Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung der Ernte und der landwirtschaftlichen Entschuldung im Osthilfegebiet vom 17. November 1931 (RGBl. I S. 675), sowie in § 2 Abs. 4 der Verordnung über Kraftfahrzeugverkehr vom 10. Mai 1932 (RGBl. I S. 201).

11) Vgl. dazu Manigk, fiducia II.

12) M. Cohn 29.

13) Schleß 107.

14) Dafür RG in WarnRspr. 26, 115; Wolff 15; dagegen E 77, 210; RG in WarnRspr. 13, 104; Furbach LZ 1912 Sp. 902 ff.; Hoeniger 59, 102; Kleinrath LZ 1912 Sp. 104 ff.; Melsbach JW 1913 S. 406; Oertmann § 117, 5a.

15) Cosack II, 1, 169; Groß 6; Hamelbeck 11 f.; Höbel 37; Weinhausen 21.

1) Rumpf, ArchzivPrax 119, 155.

Aktien- oder Kommanditgesellschaften auf Aktien, von offenen Handelsgesellschaften, von Gesellschaften mit beschränkter Haftung und von Genossenschaften vorkommen, häufig Ziele, die mit den fiduziarischen Geschäften im technischen Sinne nichts zu tun haben. Häufig zwar formal selbständig, wirtschaftlich aber von einem Bankkonzern abhängig, verfolgen sie neben ihrer unmittelbaren Revisionsaufgabe mittelbare, nicht immer ganz durchsichtige Zwecke, die der Durchführung oder Förderung von Geschäften des Bankkonzerns dienen. Häufig kann man daher die Revisionsgesellschaft als einen Horchposten der Großbank bezeichnen [2]).

In einem Gutachten führt die Berliner Handelskammer [3]) einige besonders krasse Fälle der mißbräuchlichen Benutzung des Wortes Treuhand auf, wo z. B. ein Einkaufshaus, eine Dampfwäscherei und eine Registerkassen-G. m. b. H. den Namen Treuhand führen, ohne damit das Geringste zu tun zu haben.

Bedauerlicher Weise bestehen keine Vorschriften, die die moralische Qualität des Treuhänders verbürgen. So hat sich das Reichsgericht [4]) dahingehend ausgesprochen, daß derjenige, der objektiv Treuhandgeschäfte betreibt oder sich zu solchem Betriebe erbietet, befugt ist, sich Treuhänder zu nennen, und dabei bemerkt: „Es gibt zuverlässige und unzuverlässige Bankiers und Bücherrevisoren, wie zuverlässige und unzuverlässige Treuhänder."

Treuhänder aber darf sich nur nennen, wer objektiv Treuhandgeschäfte in dem oben ausgeführten Sinne [5]) betreibt. Bloße Revisionen von Büchern und Bilanzen reichen dazu nicht aus [6]). Nennt sich ein Revisor Treuhänder, so verstößt er gegen das unlautere Wettbewerbsgesetz von 1907 [7]). In neuerer Zeit hat man nun für die gehobene Tätigkeit eines Bücherrevisors den Titel eines öffentlich bestellten Wirtschaftsprüfers eingeführt [8]). Für alle Fälle ist aber eine klare Trennung des juristischen und wirtschaftlichen Treuhandbegriffes durch Maßnahmen des Gesetzgebers nötig [9]).

Wie wir oben bei der mittelbaren Stellvertretung mehrere Funktionen unterschieden haben [10]), so können wir das Gleiche bei der Treuhand tun. Hinsichtlich der Frage der Erleichterung des Verkehrs gilt hier das, was wir oben bei der mittelbaren Stellvertretung ausgeführt haben [11]). Als Sonderfälle gehören noch hinzu die Übertragung von Aktien zwecks Ausübung des Stimmrechts, das Inkassoindossament, die Inkassozession [12]), und die Treuhänderschaft zwecks Gläubigerbefriedigung.

2) Rumpf, ArchzivPrax 119, 150.
3) Recht 1913 Sp. 20 ff.
4) E 99, 27.
5) § 11.
6) Rumpf,ArchzivPrax 119, 146 ff.
7) § 3; E 99, 27 ff.; Rosenthal § 3 Anm. 75; vgl. auch Wolff-Crisolli 21 ff.
8) Goldmann JW 1931 Sp. 2353 ff.
9) Vgl. auch Schleß § 10 Anm. 4.
10) § 13.
11) § 13.
12) Vgl. hierzu Wendt, ArchzivPrax 100, 275.

Ferner können Treuhänder bestellt werden, um die Interessen nichtrechtsfähiger Vereine oder von Handelsgesellschaften und Vereinen, die noch nicht die Rechtsfähigkeit erlangt haben, wahrzunehmen sowie ferner bei Zuwendungen für gemeinnützige oder religiöse Zwecke [13]), endlich bei mehreren Berechtigten zum Zwecke einer vereinfachten Verwaltung [14]).

Eine sehr wichtige Funktion des Treuhandgeschäftes bildet die Sicherung des Kredites, während bei der mittelbaren Stellvertretung die Erlangung des Kredites die Hauptrolle spielt. Vor allem gehört hierher die Sicherungsübereignung [15]). Durch die seit Anfang des Jahrhunderts einsetzende Zuspitzung der Kapitalisierung der gesamten Wirtschaft geriet das Kleingewerbe und Handwerk in wachsende Schwierigkeiten, weil einerseits das Kaufpublikum Kredit verlangte, andererseits der Großhandel dem kleinen Gewerbetreibenden und Handwerker Kredit nur gegen Realsicherungen gewährte. Da dem Kleingewerbe meist Grundbesitz und damit die Möglichkeit zur Hypothekenaufnahme fehlte, andererseits aber die Mobiliarpfandrechtsvorschriften des BGB die Verpfändung von Sachen durch Hingabe an den Gläubiger verlangten, der Handwerker oder Gewerbetreibende aber seine einzigen Vermögensstücke (Warenlager, Maschinen, Ladeneinrichtung) nicht entbehren konnte, so schuf sich der Verkehr die Sicherungsübereignung, die dem Gläubiger durch Übereignung gemäß § 930 BGB Sicherheit verschaffte, indem er sich bei Nichtzahlung der Schuld an den übereigneten Vermögensstücken befriedigen konnte, und dem Schuldner den Kredit, ohne daß er den Besitz an dem Pfandgegenstande aufzugeben brauchte [16]).

Bezüglich der Verbergungsfunktion ergibt sich, daß sie früher eine große Rolle spielte, z. B. bei dem Erwerb von Grundeigentum durch Fremde, Kleriker und Juden [17]), aber auch heute nicht ohne Bedeutung ist. So will der Treugeber bei der durch einen Treuhänder geführten Verwaltung oft im Hintergrund bleiben, z. B. bei der Stimmrechtsausübung in Generalversammlungen [18]). Zu Umgehungszwecken kommt auch heute der Erwerb von Grundstücken durch Treuhänder vor, z. B. bei verbotener Grundstücksauflassung an Ausländer, bei Umgehung der behördlichen Genehmigung zum Erwerbe von Grundbesitz [19]) zwecks Bestellung einer Grunddienstbarkeit, wenn das zu belastende und zu begünstigende Grundstück demselben Eigentümer gehören [20]). Schließlich gehören hierhin noch Fälle, wo Rechte fiduciae causa übertragen werden, um prozessuale Vorteile zu

13) E 62, 391; OLG Dresden in OLG E 15, 355; Grünschild 7.
14) E 45, 80 ff.
15) Vgl. auch für das Gefälligkeitsakzept Wendt, ArchzivPrax 100, 230, für Kautions- und Depotwechsel v. Lang, ArchzivPrax 83, 336 f.; Goltz 83; Regelsberger, ArchzivPrax 63, 172 ff.
16) Luetgebrune 56 f.; Proskauer 10 ff.; Schleß 54; Seidler 4 f.
17) Schleß 53.
18) Grünschild 6.
19) RFH 18, 90 ff.
20) Enneccerus-Wolff § 108 I 1b.

erlangen oder Nachteile zu vermeiden [21]), z. B. die Zeugenschaftszession, die zu dem Zwecke vorgenommen wird, dem Zedenten das Auftreten als Zeuge in dem Prozeß des Zessionars zu ermöglichen [22]).

§ 17. Arten.

Ausgehend von der römischrechtlichen Einteilung der fiduziarischen Geschäfte in fiducia cum creditore und in fiducia cum amico[1]) hat auch die moderne Rechtslehre [2]) diese Einteilung übernommen, die dann zu der Gliederung Schultzes [3]) in reine und gemischte Treuhänderschaft führte [4]). Bei der letzteren dienen die übertragenen Rechte teils ganz, teils teilweise dem Eigeninteresse des Treuhänders, bei der ersteren ganz fremden Zwecken [5]). Wir stimmen dieser Einteilung zu, obwohl sie den nicht präzisen Interessenbegriff verwertet [6]); doch reicht er hier aus. Überhaupt ist der Einteilung der Treuhandgeschäfte in verschiedene Gruppen keine große praktische Bedeutung beizumessen. Man unterscheidet nun ferner einseitige Treuhänderschaft, wo der Treuhänder nur für eine Seite Rechtsträger ist und mehrseitige, wo die Treuhänder auf mehreren Seiten stehen [7]), wie z. B. bei Treuhändern für widerstreitende Interessen mehrerer Parteien [8]), gewöhnliche Treuhänderschaft, wo Rechtssubjekte Treugeber sind, und besondere, wo der Treuhänder für Rechnung einer nicht rechtsfähigen oder rechtlich nicht verbundenen, aber als Rechtssubjekt angesehenen Personenmehrheit handelt [9]). Neben der oben gezeigten Haupteinteilung sind diese Unterscheidungen nur von untergeordneter Bedeutung.

§ 18. Hauptanwendungsfälle.

Bei der Betrachtung der wirtschaftlichen Bedeutung der Treuhandgeschäfte ergab sich bereits, wie außerordentlich groß die Verbreitung dieses Institutes ist [1]). Betrachten wir nun das Gebiet der durch Rechtsgeschäft bestellten Treuhänderschaften, so können wir folgende Hauptanwendungsfälle unterscheiden:

---

21) Schleß 53.
22) Schleß 53; für nichtig halten sie Berolzheimer 28 f.; Kuhlenbeck Bl. f. Rechtsanw. 70, 341; Siber JJ 70, 292 ff.; a. M. E 81, 160 f.; RG in JW 1909 S. 270 f. Nr. 3; Schleß 110; Stiebeling DJZ 1912 Sp. 918; etwa auch OLG Marienwerder im Recht 1904 S. 75 Nr. 280.

1) Vgl. oben § 2.
2) Riedel 513 ff.; Grünschild 18 f.; Tarnowski 53.
3) JJ 43, 2 ff.
4) Vgl. auch Brütt 10; Jaeger § 43 Anm. 38.
5) Gemäß seiner Definition a. M. Schleß 57.
6) Schleß 57, vgl. auch oben § 5.
7) OLG Augsburg in JW 1931 S. 2136.
8) Schleß 59.
9) Schleß 60.

1) Vgl. oben § 16.

1. Die Sicherungstreuhänderschaft als Sicherungsübereignung und Sicherungszession.

Bei jener übereignet ein Schuldner seinem Gläubiger Sachen zur Sicherung für dessen Forderung unter Vereinbarung eines beliebigen obligatorischen Verhältnisses gemäß § 930 BGB, vermöge dessen ihm der Besitz der Sache verbleibt. Bei der Sicherungszession wird dem Treuhänder eine Forderung oder ein sonstiges abtretbares Recht übertragen mit der Auflage, erst nach Fälligkeit der Schuld sich daran zu befriedigen oder die Forderung oder das Recht bei anderweitiger Zahlung zurückzuübertragen [2]). Hierhin gehört auch die Bestellung eines Nießbrauchs [3]) oder einer Grundschuld zu Sicherungszwecken mit Verzichtsabrede bei Befriedigung.

2. Die Verwaltungstreuhänderschaft.

Hier verwaltet der Treuhänder mit oder ohne Vergütung im Interesse des Treugebers oder dessen Gläubiger oder im beiderseitigen Interesse das ganze Vermögen oder einzelne Vermögensstücke. Besonders wichtig ist die Treuhänderschaft zum Zwecke der Gläubigerbefriedigung. Diese verfolgt das Ziel, die mit dem Konkurs verbundenen Nachteile im Interesse des Schuldners und des Gläubigers zu vermeiden [4]).

3. Die Ermächtigung zur Ausübung und Veräußerung eines Rechtes durch einen anderen.

Hierhin gehört die schlichte Forderungsabtretung nach § 398 BBG (Inkassozession) und die wechselmäßige Übertragung einer Wechselforderung (Vollgiro zu Inkasso) [5]).

Neben diesen rechtsgeschäftlichen Treuhänderschaften gibt es noch solche, die auf Gesetz beruhen. Welche Fälle jedoch hierher zu rechnen sind, ist sehr streitig.

Nicht dazu gehört der Gläubigervertreter des § 1189 BGB; denn einmal bezeichnet ihn das Gesetz ausdrücklich als Vertreter, zum anderen stehen ihm seine Befugnisse nicht zu eigenem Rechte zu [6]). Ebensowenig ist der Testamentsvollstrecker des § 2208 Treuhänder, da er die ihm zustehenden Rechte im Verhältnis zu dem Erben nicht als eigene ausübt [7]). Keine Treuhänder sind ferner die des § 29 Hy-

---

1) Vgl. oben § 16.
2) E 76, 347; 92, 106 ff.; Kammergericht in OLG E 25, 371.
3) Manigk, Antichresis 220 f.
4) Grünschild 25 ff.; Kleinrath LZ 1908 Sp. 270 ff.
5) Bovensiepen 61 ff.; Dungs 9 ff.; Podkomorski 2 f.
6) OLG Dresden in OLG E 20, 423; Grünschild 3; Hengstberger 64; Schleß 45; a.M. Nord 33; Schultze JJ 43, 96 f.; Voges 17 ff.; Daude § 266 Anm. 42. Ebensowenig ist der Konkursverwalter Treuhänder. A. M. Siméon-David S. 575.
7) Schleß 44; a. M. v. Alten-Bockum 5; Endemann III 568; Enneccerus-Nipperdey § 139 II; Anm. 10; Heymann 566; Merkel JW 1931 S. 1140 ff.; Nord 35; Schultze JJ 43, 64 ff.; 73 ff.; Voges 5 ff.

pothekenbankgesetzes vom 13. VII. 1899 und des § 35 des Reichsgesetzes über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. VI. 1909 [8]), der Gläubigervertreter des Gesetzes betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen vom 4. XII. 1899 in der Fassung vom 14. V. 1914 [9]).

Dagegen sind als Treuhänder der Rechtsträger der fiduziarischen Stiftung und des Sammelvermögens anzusehen [10]).

Fünfter Abschnitt.

Wirkungen.

Erster Titel.

Mittelbare Stellvertretung.

§ 19. Das Innenverhältnis.

Die bisherigen Ausführungen, die sich mit dem Begriff und Wesen der mittelbaren Stellvertretung und der Treuhand befaßten, haben diese Institute im allgemeinen behandelt. Die folgenden Untersuchungen sollen dazu dienen, die rechtliche Gestaltung im einzelnen zu erfassen.

Wir müssen bei beiden Instituten die innere Beziehung von dem Außenverhältnis unterscheiden. Was das obligatorische Innenverhältnis bei der mittelbaren Stellvertretung anbetrifft, so wird es sich in der Regel als Geschäftsbesorgung darstellen, worunter im einzelnen Auftrag, Dienst- und Werkvertrag zu rechnen sind. Was als Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 BGB anzusehen ist, ist sehr streitig. Wir verstehen darunter die Erledigung jeder Angelegenheit, die der wirtschaftlichen Interessensphäre des Geschäftsherrn angehört [1]).

Neben diesem auf Rechtsgeschäft beruhenden Grundverhältnis gibt es aber auch gesetzliche, z. B. die Geschäftsführung ohne Auftrag. Wenn Schleß [2]) meint, ein Rechtsverhältnis brauche im Inneren nicht zu bestehen, so kann dem nicht beigetreten werden. Fälle mittelbarer Stellvertretung, bei denen weder ein Innenverhältnis besteht noch entsteht [3]), sind undenkbar.

Im einzelnen hat der mittelbare Stellvertreter auf Grund des Innenverhältnisses mehrere Pflichten:

---

8) Grünschild 3; Schleß 44; a. M. Voges 33.
9) Weitere Einzelheiten vgl. Schleß 45.
10) Kohler, ArchbürgR 3, 280 ff.; Schleß 43; Schultze JJ 43, 32 ff.; Voges 5; vgl. ferner schon der Rechtsgeschichte angehörende Treuhänder bei Schleß 46 ff.; Voges 34 ff.
1) Vgl. E 57, 392; 94, 210; 117, 127; RG in SA 63, Nr. 9; OLG Bamberg in OLG E 10, 18,3; OLG Colmar in OLG E 8, 343; Enneccerus-Nipperdey § 161 I; Oertmann 1064; Staudinger § 675,2.
2) 20.
3) sei es auch nur familienrechtlicher Natur.

Das übernommene Geschäft hat er ordnungsgemäß auszuführen und haftet bei Pflichtverletzung für etwaigen Schaden. Dem Vertretenen hat er ferner Rechenschaft abzulegen und über den Stand des Geschäftes Auskunft zu erteilen [4]) sowie dem Vertretenen alles herauszugeben, was er daraus erlangt hat. In der Regel hat er das Geschäft selbst auszuführen, besonders bei Dienstverträgen; für Erfüllungsgehilfen haftet er gemäß § 278 BGB und bei Substitution, soweit eine solche ausdrücklich oder stillschweigend gestattet ist, für culpa in eligendo.

Für das Kommissionsgeschäft, das regelmäßig einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, darstellt, aber nie eine Geschäftsführung ohne Auftrag sein kann, gelten noch folgende Besonderheiten:

Der Kommissionär hat gemäß § 384 HGB die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu beobachten, den limitierten Preis einzuhalten (§ 386 HGB), die unverzügliche Benachrichtigungspflicht gemäß § 384 HGB bei Ausführung der Kommission, insbesondere bei der Einkaufskommission von Wertpapieren das Stückeverzeichnis auf Verlangen des Kommittenten zu übersenden [5]); sodann kann er für die Leistungsfähigkeit des Dritten die Haftung übernehmen [6]).

Neben diesen Verpflichtungen hat der mittelbare Stellvertreter folgende Rechte:

Zunächst hat er, falls es sich um ein entgeltliches Geschäft handelt, Anspruch auf die vereinbarte Vergütung. Ferner kann er die Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte, ersetzt verlangen. Soweit der Vertretene den mittelbaren Stellvertreter nicht befriedigt, hat dieser ein Retentionsrecht an den erworbenen Sachen gemäß § 273 BGB.

Im Handelsrecht hat der Kommissionär einen Anspruch auf Provision [7]) und ein gesetzliches Pfandrecht am Kommissionsgut. Die Frage des Selbsteintritts [8]) soll hier trotz ihrer Bedeutung unerörtert bleiben, da sie eine aus dem Rahmen des Kommissionsgeschäftes fallende abnorme Erscheinung darstellt [9]).

§ 20. Mittelbarer Stellvertreter und Dritter, insbesondere die Schadensliquidation im fremden Interesse.

Neben dem internen Verhältnis zwischen Vertretenen und mittelbaren Stellvertreter haben wir weiterhin das Außenverhältnis zwischen dem Dritten und dem Vertretenen und dem Vertreter zu prüfen.

---

4) §§ 259 f. BGB.
5) § 3 des Depotgesetzes vom 21. IX. 1923.
6) sogen. Delkrederehaftung (§ 394 HGB); vgl. hierzu Schmidt-Rimpler 776 ff.
7) § 396 HGB.
8) § 400 HGB, vgl. Schmidt-Rimpler 977 ff.
9) Breit LZ 1907 Sp. 862 ff.; Nußbaum 66.

Daraus, daß das Gesetz die mittelbare Stellvertretung generell nicht regelt, geht hervor, daß der mittelbare Stellvertreter durch Geschäfte, die er mit Dritten schließt, lediglich selbst berechtigt und verpflichtet wird [1]). Wenn zwar jemand die Absicht hat, das Geschäft im Namen eines anderen zu schließen, dieser Wille aber, im fremden Namen zu handeln, nicht erkennbar hervortritt, so stimmt seine Erklärung nicht mit dem Willen überein. Nun bestimmt § 164 II BGB, daß dann, wenn der Wille, in eigenem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervortritt, der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht kommt. Das Geschäft gilt als eigenes des Vertreters, und es liegt mittelbare Stellvertretung vor.

Soll nun damit jede Anfechtung auf Grund eines Erklärungsirrtums ausgeschlossen werden oder nur eine Auslegungsregel gegeben sein?

Ein Teil des Schrifttums [2]) vertritt die Ansicht, daß § 164 II BGB nur eine Auslegungsregel geben wolle, die dem Vertreter nicht ein Anfechtungsrecht gemäß § 119 BGB entziehen soll. Schließe man die Anfechtung aus, so müsse man einen positiven Grund dafür angeben, weshalb der allgemeine umfassende Gedanke der §§ 119, 122 BGB bei der Vertretung keinen Raum habe. Auch sei der § 164 II BGB durchaus nicht überflüssig, da hier das Prinzip der offenen Stellvertretung deutlich und klar ausgesprochen werden sollte.

Demgegenüber muß festgestellt werden, daß § 164 II BGB nicht nur eine Auslegungsregel, sondern eine unbedingt anzuwendende, unwiderlegbare Rechtsvermutung enthält. Aus Gründen der Verkehrssicherheit, des Rechtsscheins, bestimmt der Gesetzgeber in § 164 II BGB, daß der nicht erkennbar hervorgetretene Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht kommt. Die Sicherheit des Verkehrs stellt der Gesetzgeber höher als die Forderungen der reinen Rechtslogik, indem er denjenigen, dessen Vertretungswille nicht hervortritt, endgültig als Kontrahenten im eigenen Namen behandelt. Es liegt ein Ausgleich für den Vertreter darin, daß er die in seiner Person eingetretenen Wirkungen des Geschäftes auf seinen Auftraggeber abwälzen kann [3]).

Von besonderer Bedeutung ist nun die Frage, ob der mittelbare Stellvertreter nicht nur Ersatz des eigenen, sondern auch des Scha-

---

1) H. M. Mot. I 223; E 50, 273; 80, 416; OLG Posen im Recht 1906 Nr. 1889; F. Leonhard 56; Manigk, Rechtsgeschäfte 324 ff.; Neubecker-Grünhuts Z 36, 31 ff.; Planck Vorb. 5 zu § 164; Staudinger Vorb. 8 zu § 164; Warneyer Vorb. zu § 164; a.M.Schloßmann I 379 ff.; eingehend gegen diesen Hupka 23 ff.; Manigk, Rechtsgeschäfte 298 ff.; Rümelin ArchzivPrax 93, 134 ff.; vgl. auch oben § 4.

2) Brach, Recht 1901 S. 558; Dernburg I § 168 Anm. 9; Jeroschewitz 78; Manigk, Willenserklärung 168; Schloßmann II § 52.

3) H. M. Mot. I 226; Prot I 137 ff.; E 2, 194; ROHG 18, 294; 23, 57 ff.; E. Cohn 7; Enneccerus-Nipperdey § 167 II; F. Leonhard 46; Oertmann § 164 1d; Rümelin, ArchzivPrax 93, 201 ff.; Staudinger § 164, 3; v. Tuhr II, 2 § 84; Warneyer § 164 XI.

dens von dem Dritten verlangen kann, den der Vertretene erlitten hat. Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, eingehend das Problem der Schadensliquidation im fremden Interesse zu behandeln. Daher sollen nur die Hauptmeinungen aufgezeigt werden.

Nach Windscheid [4]) soll der, der sich im Interesse eines anderen zum Gläubiger gemacht hat, den Nachteil, den sein Mandant von dem Dritten erlitten hat, seiner Schadensersatzforderung zugrundelegen können, weil der Gläubiger dessen Interesse zu dem seinigen gemacht habe.

Wenn Windscheid seine Ansicht auf römische Rechtsquellen stützt [5]), so erscheint das sehr gewagt, da das Mandatsrecht des Corpus Juris auch Fälle direkter Stellvertretung mitumfaßt [6]).

Regelsberger [7]) beschränkt die Schadensersatzpflicht des Dritten auf das Interesse des mittelbaren Stellvertreters an der Sache und läßt das evtl. höhere Interesse des Vertretenen außer Betracht. Damit stellt er auf die Berechtigung des Vertreters zur Liquidation ab, das Interesse des Vertretenen mit dem seinigen zu identifizieren.

Diese Ansicht zieht aber eine Unsicherheit der Entscheidung nach sich [8]).

Einige [9]) wollen auch eine deliktische Beziehung zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner als genügende Grundlage für eine Schadensliquidation aus fremdem Interesse anerkennen, nach Krückmann genügt jeder Anspruch ex lege [10]).

Diese Fälle sind aber schwer denkbar [11]) und praktisch unerheblich; auch wird es häufig für einen Deliktsanspruch im Interesse des Drittens meistens an dessen Interesse fehlen [12]).

Nach F. Leonhard [13]) besteht ein dringendes Bedürfnis für die Schadensgeltendmachung im fremden Interesse. Das Richtige danach wäre, dem mittelbaren Stellvertreter ein Wahlrecht zu geben, ob er Leistung an sich oder an den Herrn verlangen will.

Diese Ansicht erscheint willkürlich, da gesetzlich ein solches Wahlrecht nirgends verankert ist. Es könnte nur vertragsmäßig vereinbart werden. Und dann würde sich zeigen, daß es oft vom Gegner abgelehnt werden würde.

Nach v. Tuhr [14]) kann der Gläubiger den Schuldner zur Entschädigung des Dritten anhalten, wenn er zu einem Dritten in einem

---

4) Windscheid-Kipp 65 f.
5) L 14 D 2, 11; L 8 § 3 D 17, 1; L 81 § 1 D 45, 1; vgl. auchv. Tuhr, Grünhuts Z 25, 531.
6) Pestalozzi 74.
7) JJ 41, 272 ff.
8) Kluckhohn, ArchzivPrax 111, 415; Krückmann JJ 56, 251 ff., 275.
9) Burkhardt 36 ff.; Fischer 81.
10) JJ 56, 275.
11) So Krückmann selbst a.a.O.
12) Kluckhohn, ArchzivPrax 111, 418 f.
13) Schuldrecht 202 ff.; vgl. auch Oertmann Vorb. 3 zu § 249.
14) Grünhuts Z 25, 567.

Rechtsverhältnisse steht, vermöge dessen das Interesse an der Leistung des Schuldners statt bei dem Gläubiger bei diesem Dritten entstanden oder nachträglich auf den Dritten übergegangen ist.

An dieser Formulierung ist unrichtig, daß das Interesse auch erst nachträglich auf den Dritten übergegangen sein darf, was zu einer ungeheuren Ausdehnung der persönlichen Klage führen würde [15]).

Nach Neuner [16]) soll der Gläubiger den objektiven Wert der Leistung verlangen, gleichgültig, ob er ihn weiterzugeben hat oder ob er bei Nichtleistung bei einem Dritten Erfolg haben kann. Wenn dann der Schadensersatzanspruch auf den objektiven Wert der Leistung geht, können die Berufung auf das Innenverhältnis als sogen. exceptio ex iure tertii zurückgewiesen werden.

Rodig [17]) endlich gibt eine Schadensliquidation aus Drittinteresse, wenn der Schuldner das Drittinteresse erkannt hat oder auf Grund der besonderen Umstände des Falles hätte erkennen müssen.

Diese Ansicht ist zu eng und wird daher den meisten Fällen der mittelbaren Stellvertretung nicht gerecht.

Alle diese Meinungen sind von dem richtigen Gedanken beherrscht, daß ein elementares Verkehrsbedürfnis es verlangt, den mittelbaren Stellvertreter einen Schadensersatzanspruch gegen den Dritten zu geben, auch wenn nicht sein, sondern das Interesse des Vertretenen verletzt ist. Auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat dieses Prinzip anerkannt [18]). Wenn das Gesetz ein Handeln im eigenen Namen für fremde Rechnung zugelassen hat [19]), so wäre es widersinnig, wenn es gleichzeitig nicht im Sinne des Gesetzes liegen sollte, dem mittelbaren Stellvertreter wegen Verletzung der Rechte, die er für den Vertretenen erworben hat, Schadensersatzansprüche gegen den Dritten zu verweigern. Wenn das Gesetz dem Vertreter das Recht gibt, im eigenen Namen abzuschließen, so muß ihm auch der sichernde Ersatzanspruch zustehen, da sonst das Gesetz sich selber widersprechen würde [20]). Sollte man diese Begründung nicht gelten lassen, so ist noch darauf hinzuweisen, daß die Schadensliquidation im Drittinteresse durch die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts [21]) gewohnheitsrechtlich anerkannt ist und auch in dem Schrifttum weitgehende Zustimmung gefunden hat [22]).

---

15) Krückmann JJ 56, 274; Pestalozzi 74.

16) ArchivzivPrax 133, 297 ff.; ähnlich Josef, ArchzivPrax 113, 122; Schmidt-Rimpler 904 ff.; Pestalozzi 74.

17) 33 ff.; 25 f.; vgl. auch Hellwig,Verträge 88 ff.; Möhring 70 ff.; Nebelsieck 30 ff.

18) E 58, 42; 62, 335; 87, 292; 93, 40; 90, 246; 113, 254; RG in JW 1910 S. 1000; ROHG 11, 256 ff.; 14, 400; 22, 251; OLG Lübeck in SA 33, 27 ff.; OLG Wolfenbüttel in SA 14, 31 ff.; vgl. auch Müller Erzbach in Reichsgerichtspraxis II 161.

19) z. B. §§ 383 ff. HGB.

20) Enneccerus-Lehmann § 13 Ib; Heck, Schuldrecht 52.

21) Vgl. oben Anm. 18.

22) A. M. Fischer 92; Staudinger Vorb. III 2c zu §§ 249/55.

§ 21. Vertretener und Dritter.

Zwischen dem Vertretenen und dem Dritten entstehen grundsätzlich keine Rechtsbeziehungen [1]), da der mittelbare Stellvertreter selbst berechtigt und verpflichtet wird. Möglich bleibt es, daß eine Forderung nach ihrer Begründung und vor der Erfüllung von dem mittelbaren Stellvertreter auf den Vertretenen übertragen wird.

Im Falle des § 164 II BGB [2]) will Eck [3]) diese Vorschrift einschränkend so erklären, daß sich der Vertreter nur dem Geschäftsgegner gegenüber nicht auf das Fehlen des Willens, für sich selbst zu handeln, berufen könne; der Gegner könne sich nach seiner Wahl auch an den Vertretenen halten [4]).

Andere Autoren [5]) wollen darüber hinausgehend Vertreter und Vertretenen nebeneinander haften lassen.

Diese relative, auf die Vertragsparteien beschränkte Wirkung des § 164 II BGB muß aber abgelehnt werden. Einmal ist sie kaum mit den Worten des Gesetzes vereinbar, zum anderen kann ihr aber auch aus Billigkeitserwägungen nicht beigepflichtet werden. Der Gegner, der von dem verdeckten Stellvertretungsverhältnis in der Regel nichts weiß [6]), erhält auf diese Weise eine alternative Haftung oder sogar eine kumulative beider. Unter Umständen kann dadurch eine schwere Schädigung des Vertretenen eintreten, z. B. wenn dieser auf Grund der von dem Vertreter übersandten Rechnung diesem Deckung gewährt hat, die er ihm sonst nicht gegeben hätte, und der Vertreter in Konkurs fällt, bevor der Gegner befriedigt wird [7]).

Müller-Erzbach leitet Beziehungen zwischen Vertreter und Vertretenem aus der Seeversicherung für fremde Rechnung [8]) ab. Seine Ansicht weicht indessen von dem geltenden Recht ab, und es entspräche im Ergebnis weder der regelmäßig gegebenen Interessenlage noch der Billigkeit, wenn der nicht direkt am Abschluß des Vertrages beteiligte Vertretene unmittelbare dingliche und persönliche Ansprüche hätte und auch unmittelbar neben dem Vertreter haften würde [9]).

Dieser Lehre kann nicht beigetreten werden. Grundsätzlich entstehen zwischen Vertretenem und Dritten keine Rechtsbeziehungen; allein der mittelbare Stellvertreter wird gegenüber dem Dritten berechtigt und verpflichtet.

---

1) Bezüglich der Sonderbestimmung des § 392 HGB vgl. unten § 22.
2) Vgl. oben § 20.
3) 179 ff.
4) Jung Ztschr. f. Handelsr. 47, 224 Anm. 64.
5) Brach 558 und David 506 ff.; im Recht 1901. Unrichtig behauptet E. Cohn 9, daß allgemein der Dritte das Vertretungsverhältnis nicht kenne.
7) OLG Frankfurt im Recht 1903 Nr. 611; OLG Kiel in OLG E 35, 313; Enneccerus-Nipperdey § 167 Anm. 3; Oertmann § 164 I d; v. Tuhr II, 2, 347 Anm. 83.
8) §§ 778 ff. HGB.
9) Vgl. im übrigen die Ausführungen zu § 8; ferner Enneccerus-Nipperdey § 167 Anm. 3.

§ 22. Dingliche Wirkungen. Zur Frage des Eigentumserwerbes an Fahrnis durch mittelbare Stellvertreter.

Nun läuft der Vertretene ein großes Risiko, da, wie wir eben gesehen haben, keine unmittelbaren Geschäftsbeziehungen zwischen ihm und dem Dritten entstehen. Solange daher nicht der mittelbare Stellvertreter die erworbenen Gegenstände oder bei dem Verkaufsauftrage den erhaltenen Gegenwert auf ihn übertragen hat, ist seine Rechtslage sehr gefährdet. Es ist daher Aufgabe der Rechtsordnung und der Wissenschaft, die Überleitung der durch den mittelbaren Stellvertreter erworbenen Gegenstände zu erleichtern und zwar möglichst ohne Durchgangseigentum desselben. Wir schneiden damit die Frage des Eigentumserwerbes von Fahrnis durch Mittelspersonen an, bei welcher wir aber nur den neuesten Stand der Lehre behandeln wollen [1]).

Nach § 929 I BGB ist zur Eigentumsübertragung erforderlich:

1., daß beide Teile —, Veräußerer und Erwerber — sich darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll.

2., daß der Eigentümer dem Erwerber die Sache übergibt.

Was den Besitzerwerb anbetrifft, so gehört dazu nach § 854 I BGB die Erlangung der tatsächlichen Gewalt. Da diese einen tatsächlichen, keinen rechtsgeschäftlichen Akt, also keine Willenserklärung im Sinne des Gesetzes darstellt [2]), sind die Vorschriften der §§ 164 ff. BGB nicht anwendbar, da sie nur für Willenserklärungen gelten. Eine analoge Anwendung [3]) muß abgelehnt werden, da das Gesetz in den §§ 855, 868 BGB eine singuläre Stellvertretung beim Besitzerwerb geschaffen hat, die von der Regelung der §§ 164 ff. BGB wesentlich abweicht.

Zu den Voraussetzungen eines Besitzerwerbes gemäß § 868 BGB — dies ist der wichtigste Fall — gehört, daß ein Besitzmittlungsverhältnis im Sinne dieses Paragraphen vorliegt oder ein ähnliches, wozu nach h. M. auch Auftrag, Dienstvertrag und Geschäftsführung ohne Auftrag gehören [4]), daß ferner dieses Rechtsverhältnis gültig sein muß [5]), weil sonst der bisherige Besitzer mit der Besitzklage seinen Besitz nicht wiederherstellen kann, da diese ihm als mittelbaren Besitzer von der h. M. verwehrt sind [6]) und daß er endlich den Willen hatte, für den Vertretenen den Besitz zu erwerben, da er nur eine Verpflichtung einzulösen hat und es in seinem Willen liegen

---

1) Für die frühere Lehre vgl. die eingehende Darlegung bei Jeroschewitz.
2) Manigk, Willenserklärung 662, 658.
3) So II. Kommission Prot III 33 § 804.
4) E 100, 190; Crome § 345 1b; Endemann II § 32 N. 15b; Jung, Ztschr. f. Handelsr. 47, 206; F. Leonhard, Vertretung 60; Staudinger § 868 III 2a; Warneyer § 868 II; auch die G.o.A. halten für „ähnlich": E 98, 139; E. Cohn 157; Endemann II § 32 N. 15c; Enneccerus-Wolff § 8 I c; Staudinger § 868 III 2a.
5) Endemann II 147 Anm. 17; R. Leonhard in Eck II 115 N. 1; a. M. Crome III § 345, 1; F. Leonhard, Vertretung 71; Enneccerus-Wolff § 8 I 2.
6) Jeroschewitz 122.

muß, ob er für sich oder einen anderen erwerben will [7]). Schließlich genügt auch die Erlangung des mittelbaren Besitzes, um das Tatbestandsmoment der Übergabe im Sinne des § 929 I BGB zu erfüllen [8]).

Die zweite Voraussetzung stellt die Einigung dar, die als ein dinglicher Vertrag anzusehen ist, auf den die Vorschriften der §§ 145 ff. BGB Anwendung finden [9]).

Um die Härte einer scharfen Durchführung des Offenheitsprinzipes des § 164 BGB zu vermeiden, versucht die Theorie des antizipierten Besitzkonstitutes das Unbefriedigende der Entscheidung eines ersten Erwerbes durch den Vertreter mit Hilfe des § 930 BGB zu vermeiden. Das vorweggenommene Besitzkonstitut setze sich zusammen aus den zwischen Vertreter und Vertretenem ausgetauschten Erklärungen, daß die demnächst stattfindende Besitzergreifung für den Vertretenen erfolge [10]) und auf ihn Besitz übertrage, und aus der Besitzergreifung selber. Die Wirkung des Eigentumsüberganges trete aber in demselben Augenblicke ein, in dem der Vertreter den Besitz erwerbe, vorausgesetzt, daß der Vertreter und der Vertretene darüber einverstanden seien: „Daß der mittelbare Besitz und das Eigentum für den Vertretenen erworben werden sollen, also nicht durch die Tradition an den Vertreter, sondern durch eine mit dieser gleichzeitig vollendete weitere Übertragung des Vertreters an den Vertretenen“ [11]).

Das Reichsgericht führt weiter aus, daß, um den Willen der Parteien zu beweisen, die tatsächliche Vermutung, daß der Wille des beauftragten Vertreters beim Eigentumserwerbe dem Auftrage entspreche, ganz allgemein schon durch die Erwägung gerechtfertigt werde, daß sonst der Vertreter wider Treu und Glauben verstoßen würde. Dieser hätte zu beweisen, daß er entgegen dem ihm erteilten Auftrage den Willen gehabt habe, das Eigentum an der fraglichen Sache für sich zu erwerben. Die Eigentumsübertragung kehre die Beweislast um. Die Vermutung spreche immer dafür, daß der Vertreter der Vereinbarung gemäß handele [12]).

Schmidt-Rimpler [13]), dessen Auffassung der des Reichsgerichts ähnelt, geht davon aus, daß Wille und Erklärung sich nur auf den wirtschaftlichen Hauptzweck richten, während die rechtliche Form,

---

7) Bruns 166; Manigk, Rechtsgeschäfte 40, Willenserklärung 390, 590 ff.

8) A. M. F. Leonhard, Vertretung 57, 84 f.; dagegen mit Recht Rümelin, ArchzivPrax 93, 261 ff.; Enneccerus-Wolff § 66 II 1b.

9) E 54, 378; 66, 99; F. Leonhard, Vertretung 17; Manigk, Rechtsgeschäfte 203 N 1, Willenserklärung 413; Oertmann Vorb. I zu § 145; a. M. Enneccerus-Wolff § 38 II 1; v. Tuhr II, 1 § 53; vgl. auch Prot III 196.

10) Vorausgesetzt aber eine individuell bestimmte Sache, v. Tuhr JJ 48, 49.

11) Enneccerus-Nipperdey § 167 III 3; dafür auch E 100, 190; 109, 167; RG in SA 78 Nr. 136; RG im Recht 1924 Nr. 1666; Beseler DJZ 1912 S. 894; Biermann zu § 930; Planck zu § 930; Staudinger § 164, 3; dagegen nicht überzeugend Eichler 24 f.; Enneccerus-Wolff § 67 I 2; Brodmann 145; E. Cohn 152; Kohler ArchbürgR 18, 102; F. Leonhard Vertretung 46 ff.; Lenell JJ 36, 39 ff.; Regelsberger JJ 44, 406.

12) E 100, 190; 109, 167.

13) 275 ff.; 930 ff.

in der der Wille verwirklicht werde, nur vermutungsweise gewollt und erklärt sei. Diejenige Rechtsfolge solle eintreten, die dem Parteizweck am besten entspreche.

Freilich wird der wirtschaftliche Hauptzweck dies häufig nicht erkennen lassen. Ja es ist denkbar, daß die Wirtschaftsinteressen der Parteien kollidieren oder juristisch nicht gefaßt werden können [14]).

v. Tuhr [15]) tritt für eine analoge Anwendung des § 185 BGB ein. Nicht nur die Veräußerung fremder Sachen im eigenen Namen sei zulässig, sondern auch der Erwerb von Sachen im eigenen Namen mit unmittelbarer Wirkung für den Dritten, sofern dieser einverstanden sei.

Eine solche analoge Anwendung des § 185 BGB durchbricht aber das Publizitätsprinzip des Sachenrechts. In den in diesem Paragraphen geregelten Fällen wird durch die Ermächtigung der Widerspruch zwischen äußerer Sachlage und wirklicher Rechtsstellung geheilt. Dem Besitzerwerber gehört die Sache, und Recht und Rechtsschein stimmen durch die Ermächtigung überein. Nach v. Tuhr soll aber die Verfügung durch die Ermächtigung eine Wirkung erhalten, bei der es nach außen hin unkenntlich bleibt, ob die Parteien sie gewollt haben, noch was der Vertreter und sein Gegner getan haben, um sie herbeizuführen. Die Übereinstimmung zwischen Recht und Rechtsschein wird also durch die Zulassung der Ermächtigung zerstört. Den Besitz erwirbt der Vertreter, und die Einigung findet zwischen ihm und dem Dritten statt. Aber die Wirkung der beiden Akte soll nicht in seiner Person, sondern in der des Vertretenen eintreten, ohne daß dies nach außen hin hervortritt. Damit aber entfällt jede Möglichkeit, den Analogieschluß v. Tuhrs für möglich oder geboten zu erachten [16]).

Nach der Ansicht von Jeroschewitz [17]) tradiere der Dritte an den Vertreter mit der alternativen Offerte: „entweder an Dich oder wen es angeht, und ich verzichte stillschweigend mangels Interesses auf eine Annahmeerklärung hierauf." Der Gegner nehme gemäß § 151 BGB durch Willensgeschäft [18]) für den Geschäftsherrn an und erwerbe diesem dadurch unmittelbar Eigentum, ohne daß gegen § 164 BGB verstoßen werde, der nur für Willenserklärungen gelte [19]).

Diese Ansicht hat den Vorteil, daß sie den Anforderungen, die sich aus den §§ 164, 929 BGB ergeben, nicht Gewalt antut. Sie begnügt sich mit den Willenserklärungen, die die Parteien abgegeben haben, und erreicht das Ziel, das den wirtschaftlichen Notwendigkeiten Rechnung trägt, nämlich den Eigentumserwerb des Vertretenen ohne Durchgangserwerb des Vertreters. Warum jedoch die Traditionsannahme ohne Bestimmung des Erwerbers wirken und wes-

14) Vgl. Manigk, Revisibilität 163 Anm. 81.
15) II, 2 § 84 III; vgl. auch Manigk, Interessenjurisprudenz 312.
16) E. Cohn 151.
17) 58 ff.
18) Vgl. hierzu Manigk, Willenserklärung 415 ff.
19) So Manigk, Willenserklärung 711 ff., 741.

halb sie der möglicherweise vorangegangenen Annahme einen rechtserheblichen Inhalt geben kann, dafür gibt diese Theorie keine Begründung [20]).

Die neueste Behandlung des Problems gibt E. Cohn in seinem Buche: „Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht" [21]). Ob ein Auftreten als Besitzmittler für den, den es angeht, möglich sei, könne zweifelhaft erscheinen, müsse aber bejaht werden. Solange eine Bestimmung über den nur unbekannten oder noch zu bestimmenden Geschäftsherrn nicht getroffen sei, bleibe die zu übereignende Sache im Eigentum des Veräußerers. Ein Vertrag mit einem unbestimmten Gegner werde nur dann gewollt sein, wenn der Vertrag keinen Anhaltspunkt darüber gebe, wer Eigentümer der Sache werden solle. Damit fallen die Fälle aus der Erörterung heraus, wo bereits im Kausalgeschäft eine Bestimmung über den Eigentumserwerb einer Person getroffen sei. Um der Nichtigkeit eines nicht genügend bestimmten Vertrages zu entgehen, hat das Schrifttum angenommen, daß der Veräußerer in Bezug auf die Person des Erwerbers einen animus incertus haben müsse [22]). Maßgebend für den konkreten Einzelfall könne jedoch nur der Wille sein, der sich in der Person des Veräußerers verwirkliche [23]). „Die Annahme, daß dem Veräußerer die Person des Erwerbers gleichgültig sei, muß deshalb auf diejenigen Fälle beschränkt werden, in denen typischer Weise Personen, die zu direkter Vertretung beauftragt und bevollmächtigt sind, nach außen nicht als Vertreter aufzutreten pflegen" [24]). Dies sei bei den meisten Barkäufen der Fall, nicht aber bei Kreditgeschäften, wo es der Interessenlage gemäß dem vermutlichen Willen des Veräußerers entspreche, wenn nur der ihm bekannte Vertreter Eigentümer werde [25]). Bei den bestimmungsbedürftigen Verträgen habe der Vertreter, wenn auch nicht ausdrücklich, die Bestimmung über die Person des Erwerbers zu treffen. Um die Voraussetzungen des § 151 BGB zu erfüllen, genüge es, daß der Wille des Handelnden eine Bestimmung zu treffen, irgendwie zur Äußerung gelange [26]). Bei Auftragserteilung sei der Wille des Vertreters zum Erwerbe für den Vertretenen anzunehmen. In der Auftragserteilung und dem schließlichen Tätigen des Geschäftes sei die Bestimmung, die vorher oder mindestens zugleich mit dem Übereignungsvertrag erfolgt sei, zu sehen, die den Herrn zum Traditionsempfänger mache, d. h., daß in diesen Fällen der Vertretene unmittelbar und sofort Eigentümer werde. Der Beitritt erfolge nicht erst in der Entgegennahme, sondern schon in dem Augenblicke, in welchem der Vertreter beauftragt wird.

Damit verwendet E. Cohn Indizien im Sinne Manigks zwecks Schlußfolgerung auf den wirklichen Willen des Vertreters. Dies läßt

20) E. Cohn 154; Eichler 53.
21) 155 ff.
22) R. Leonhard, Allgemeiner Teil 367 Anm. 2.
23) Rümelin, ArchzivPrax 93, 226 ff.
24) E. Cohn 163 ff.
25) Vgl. auch F. Leonhard, Vertretung 29 ff.
26) E. Cohn 71 ff.

sich nur dann rechtfertigen, wenn man die gemäß § 151 BGB vorgenommenen Bestimmungen als Willensgeschäft [27]) ansieht [28]). Diese Ansicht hat den großen Vorteil, daß sie sowohl den Interessen des Vertreters wie jenen des Vertretenen gerecht wird; auch wird die Bestimmung nicht einseitig auf die Person des Vertretenen festgelegt.

Wenden die Parteien die Grundsätze des antizipierten Besitzkonstitutes an oder liegen die Voraussetzungen des Geschäftes, wen es angeht, vor, so läßt sich das Risiko des Vertretenen verringern und eine gute Sicherung erreichen.

Auch das Gesetz gibt Schutzvorschriften. So bestimmt das HGB in § 392 II, daß die Forderungen des Kommissionärs aus dem Ausführungsgeschäft gegen seinen Gegenkontrahenten im Verhältnis von Kommittent und Kommissionär oder dessen Gläubigern bereits vor der Abtretung als Forderungen des Kommittenten zu behandeln sind. Auch das Bankdepotgesetz vom 5. VII. 1896 in der Neufassung vom 21. XI. 1923 sucht den Schwebezustand zwischen Erwerb der Stücke durch den Kommissionär und der Übertragung in das Vermögen des Kommittenten möglichst zu verkürzen. Im Familienrecht schreibt das Gesetz sofortigen Rechtserwerb der Frau kraft Surrogation vor [29]), wo der Mann ein Erwerbsgeschäft im eigenen Namen geschlossen hat, und erspart diesem so die förmliche Rechtsübertragung.

§ 23. Konkurs des Vertreters. Zwangsvollstreckung.

Im Zusammenhange mit den dinglichen Wirkungen der mittelbaren Stellvertretung gehört die Frage der Stellung des Vertretenen im Konkurse des mittelbaren Stellvertreters. Zunächst bestehen für den Vertretenen die Ansprüche aus dem obligatorischen Verhältnis, die ihm aber nur die Konkursquote eines gewöhnlichen Gläubigers geben. Beim Verkaufsauftrag, bei dem die Veräußerung durch den mittelbaren Stellvertreter im Wege des § 185 BGB erfolgt, kann der Vertretene aussondern gemäß § 43 KO, da der mittelbare Stellvertreter nicht Eigentümer des übergebenen Gegenstandes wird [1]). Das gleiche gilt für Erwerbsgeschäfte, wenn der Dritte erfüllt hat und der Vertretene auf dem Wege des antizipierten Besitzkonstitutes oder des Geschäftes wen es angeht Eigentümer geworden ist [2]). Aus der Sonderregelung des § 392 II HGB für den durch die §§ 383, 406 HGB bestimmten Kreis von Geschäften [3]) ergibt sich für den Kommittenten ein Aussonderungsrecht im Konkurse des Kommissionärs. Im Falle des Bankdepotgesetzes hat, wenn der Kommittent erfüllt hat, das Stückeverzeichnis oder durch andere Weise das Eigentum noch

27) Vgl. Manigk, Rechtsgeschäft 346 ff., 390 ff., Willenerklärung 568 ff.
28) Eichler 56.
29) §§ 1381, 1382, 1438 I 2, 1519 I, 1549 BGB.
1) Vorausgesetzt wird hier natürlich, daß der Vertreter noch im Besitz der Sache ist.
2) Für das Familienrecht vgl. §§ 1381, 1382, 1646 BGB.
3) Prot. II 361; E 58, 276; Enneccerus-Nipperdey § 167 III 2; Goltz 87; Jaeger § 43 Anm. 39, 49, 53; Nußbaum 40; v. Tuhr, GerichtsZ 25, 574 ff.; a. M. Regelsberger JJ 44, 422; Schleß 78 ff.; vgl. im übrigen unten § 29.

nicht übergegangen ist, der Kommittent im Konkurse des Kommissionärs ein Konkursvorrecht [4]).

Von nicht geringerer Bedeutung ist die Frage, ob der Vertretene der Pfändung von den durch den mittelbaren Stellvertreter erworbenen Gegenständen widersprechen kann. Um dies beantworten zu können, müssen wir die rechtliche Struktur der Interventionsklage des § 771 ZPO untersuchen.

Nach Ansicht der Vertreter der privatrechtlichen Theorie[5]) beruhe die Widerspruchsklage auf dem privaten Recht des Dritten und enthalte lediglich einen Anwendungsfall der Eigentumsfreiheitsklage. Daraus ergebe sich, daß die Klage nur auf ein absolutes Recht und nicht auf einen obligatorischen Anspruch gestützt werden könne. Die Klage sei eine Leistungsklage und gehe auf Freigabe der gepfändeten Gegenstände.

Die herrschende prozeßrechtliche Theorie [6]) nimmt den Ausgang von dem Übergriffe der staatlichen Vollstreckung. Damit ziele die Klage darauf ab, die Zwangsvollstreckung in den betreffenden Gegenstand für unzulässig zu erklären. Dieses Recht des Dritten könne sowohl ein obligatorisches wie ein dingliches sein. Das gehe allerdings aus der Fassung des § 771 ZPO nicht hervor. Die Analogie der Aussonderung [7]), die nach § 43 KO auch für persönliche Ansprüche stattfindet, sowie die Gleichbehandlung der dinglichen und obligatorischen Ansprüche im Falle des § 810 ZPO lasse die Auffassung als gerechtfertigt erscheinen, daß auch dem persönlich Berechtigten das Klagerecht des § 771 ZPO zusteht.

Damit müsse die privatrechtliche Theorie abgelehnt werden; trotzdem die Klage mit einem materiellen Recht des Dritten begründet werde, müsse sie als eine selbständige prozeßrechtliche angesehen werden. Die Klage stelle keine Leistungsklage dar, bei welcher der betreibende Gläubiger zur Freigabe des Pfandgegenstandes verurteilt werde, und nicht eine Feststellungsklage auf Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung. Die Vollstreckung werde erst in dem Moment unzulässig, in welchem sie das Urteil als unzulässig erklärt. Das Urteil sei deshalb ein Rechtsgestaltungsurteil, welches für die Zukunft wirke. Wie bei der Vollstreckungsgegenklage des § 767 ZPO beim Fehlen eines hinter dem Titel stehenden Anspruchs die bis zum Ergehen des Urteils rechtmäßige Vollstreckung für unzulässig erklärt werde, so werde im Falle des § 771 ZPO im Verhältnis zu dem klagenden Dritten der einzelne Vollstreckungsakt für unzulässig erklärt [8]).

---

4) § 7a Bankdepotgesetz.

5) RG in SA 42 Nr. 187; Francke BuschsZ 5, 209 ff.; Schultz ArchzivPrax 105, 394; Wegemann, BuschsZ § 26 25 ff.

6) E 61, 431; 67, 310; Flechtheim, BuschsZ 25, 428; Goldmann, Gruchot 50, 805 ff.; Hellwig I 398; Hellwig-Oertmann 276; Kohler, BuschsZ 29, 15; v. Schrutka-Rechtenstamm, GrünhutsZ 13, 298 ff.; Stein-Jonas § 771 I.

7) E 79, 121; 84, 214.

8) Hellwig I 398; Hellwig-Oertmann 277 ff.; Oetker 581; Stein-Jonas § 771 I.

Dieser Ansicht ist, da sie den Bedürfnissen der Praxis am besten gerecht wird, beizutreten. Nach h. M.[9]) haben nun außer dem dinglich Berechtigten auch der Auftraggeber, Verpächter, Vermieter, Verpfänder, Hinterleger, Verleiher usw. das Recht, gegen die bei dem unmittelbaren Besitzer erfolgte Pfändung Widerspruch zu erheben, ohne daß es auf das Eigentums- oder Besitzrecht des Dritten ankommt. Gleichwie der Schuldner eine Sache, die ihm ein Dritter anvertraut hat, nicht verpfänden noch sonstwie veräußern darf, so darf es auch nicht der Staat zugunsten des die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers.

Dagegen berechtigt ein bloß persönliches Recht auf Leistung von Gegenständen oder auf Abtretung von noch zum Vermögen des Schuldners gehörenden Sachen, z. B. Ansprüchen auf Grund eines Kaufes oder Tausches, nicht zur Erhebung der Widerspruchsklage, da der Gegenstand der Zwangsvollstreckung in diesem Falle auch wirtschaftlich zum Schuldenvermögen gehört[10]).

Damit ergibt sich für die Beantwortung unserer Frage, ob der Vertretene intervenieren kann, das Resultat, daß ein Widerspruchsrecht gegeben ist, wenn das Innenverhältnis die entsprechende Gestaltung aufweist[11]).

Zweiter Titel.

Treuhand.

§ 24. Das Innenverhältnis. Pflichten des Treuhänders.

Wie bei der mittelbaren Stellvertretung müssen wir bei der Treuhand das Innenverhältnis (pactum fiduciae)[1]) und das Außenverhältnis gegenüber dritten Personen unterscheiden. Auf das zugrundeliegende Geschäft, das einen eigenartigen Treuevertrag darstellt, werden in der Regel die Vorschriften des § 675 BGB Anwendung finden, da er sich im Zweifel als eine Geschäftsbesorgung[2]) darstellt, sofern sich nicht ausdrücklich oder den Umständen nach aus dem Vertrage etwas anderes ergibt. Dieser Vertrag kann regelmäßig formfrei abgeschlossen werden, nur soweit es sich um den Ankauf von Grundstücken handelt, hat eine gerichtliche oder notarielle Beurkundung gemäß § 313 BGB zu erfolgen.

Bei den in der Praxis wichtigsten Treuhandgeschäften zwecks Vermögensverwaltung liegt es dem Treuhänder ob, dies Vermögen

9) E 18, 365; 84, 24; OLG Stuttgart in SA 45, 244; Francke, BuchsZ 5, 219; Hellwig-Oertmann 280; Stein-Jonas § 771 II 1c; Thiele ArchzivPrax 84, 95 ff.; a. M. die Anhänger der privatrechtlichen Theorie vgl. oben § 23 Anm. 5.

10) E 18, 365; 84, 214.

11) oder die am Anfang dieses Paragraphen aufgeführten Besonderheiten vorliegen.

1) Vgl. oben § 11.

2) Vgl. oben § 19.

ordnungsmäßig zu verwalten, d. h. notwendige Verwendungen zu treffen, eine ordentliche Wirtschaftsführung einzuhalten, Außenstände einzuziehen und außerdem das Vermögen nach Beendigung des Treuverhältnisses zurückzugeben.

Verletzt er seine Pflichten, so haftet er nach der allgemeinen Vorschrift des § 276 BGB. Grundsätzlich ist er nicht zur Substitution befugt, da das Wesen des Treuhandverhältnisses höchst persönlicher Natur ist. Gerade deshalb, weil er dem Treugeber als besonders geeignet, zuverlässig, kreditwürdig für die Erledigung der betreffenden Aufgabe erscheint, hat ihm dieser die Treumacht eingeräumt [3]). Soweit jedoch Spezialkenntnisse erforderlich sind, z. B. zur technischen Leitung einer Fabrik, wird man der Verkehrssitte nach eine Substitution zulassen müssen [4]). Da in § 675 BGB der § 664 I nicht erwähnt wird, haftet er für Substitution und sonstige Hilfspersonen regelmäßig nach § 278 BGB [5]). Hat er unbefugt einen Substituten bestellt, so verschärft sich seine Haftung, indem er auch für Zufall aufkommen muß, sofern er nicht den Entlastungbeweis erbringt, daß dieser Schaden sonst ebenfalls eingetreten wäre [6]).

Wie bei dem mittelbaren Stellvertreter besteht für den Treuhänder jederzeit die Pflicht zur Auskunft über den Stand der Geschäfte sowie zur Benachrichtigung und Rechenschaftsablegung. Gemäß § 935 ZPO kann der Treugeber, wenn Pflichtwidrigkeiten des Treuhänders zu befürchten sind, eine einstweilige Verfügung beantragen oder für Geldforderungen Arrest verhängen lassen.

Wichtig ist die Frage, wann das Treuhänderverhältnis endigt. Keine Schwierigkeit bereitet der bedingte oder befristete Treuhandvertrag. Ob der Treugeber willkürlich den Vertrag widerrufen kann, ist nur für die im alleinigen Interesse des Treugebers liegenden Fälle zu bejahen, also dann nicht, wenn auf Treugeberseite eine Mehrheit von Personen vorhanden ist. Vorausgesetzt wird aber, daß es sich nur um einen Auftrag gemäß §§ 662 ff. BGB handelt, da § 675 BGB den § 671 I BGB nicht erwähnt, d. h., daß bei Dienst- und Werkverträgen eine jederzeitige Aufkündigung oder Widerruf nicht gestattet ist [7]). Bei Treuhandgeschäften mit Sicherungszweck muß eine willkürliche Rückforderung abgelehnt werden [8]).

Nach Beendigung des Treuhandverhältnisses hat der Treuhänder den wirtschaftlichen Erfolg des Geschäftes auf den Treugeber zu übertragen. Stirbt der Treuhänder, so endet im Zweifel das Treuhandverhältnis [9]), anders aber bei den Sicherungstreuhänderschaften, wo es dem Sinne dieses Geschäftes entspricht, wenn die Erben in die

---

3) Grünschild 39.
4) Grünschild 39.
5) Grünschild 39.
6) Grünschild 40; Oertmann § 664 2b; RGR § 664, 3; Staudinger § 664 2a.
7) A. M. Schöny, Treuhandgesch. 54 ff.
8) Vgl. Schöny, Treuhandgesch. 55 ff.; s. auch § 223 II BGB.
9) Grünschild 42.

Rechtsstellung des Treuhänders einrücken [10]). Daß in anderen Fällen die Erben des Treuhänders in dessen Rechtsstellung vielleicht sogar wider ihren Willen eintreten [11]), kann nicht unwidersprochen bleiben. Der Treuhandvertrag baut sich besonders auf dem Vertrauen zu der Person des Treuhänders auf, das bezüglich der Rechtsnachfolger nicht ohne weiteres besteht. Die Erben sind im Gegenteil verpflichtet, das Treugut genau so herauszugeben wie jeden Gegenstand, der nicht zum Vermögen der Erbmasse gehört [12]). Das entspricht auch unserer Definition, daß nur dem Treuhänder persönlich das Recht zu eigen anvertraut ist [13]). Diese Fassung rechtfertigt es, daß das Treugut wieder in das Eigentum des Treugebers zurückfällt.

§ 25. Fortsetzung. Rechte des Treuhänders.

Ob der Treuhänder ein Honorar für seine Tätigkeit beanspruchen kann, hängt von dem pactum fiduciae ab. Ist das Recht dem Treuhänder in seinem eigenen Interesse anvertraut, so wird man einen Honoraranspruch ablehnen müssen; anders aber, wenn er Zeit und Mühe aufwendet, um im Interesse des Treugebers tätig zu sein. So ist im Handelsrecht eine Vergütung verkehrsüblich [1]).

Ob der Treuhänder, wenn das pactum fiduciae einen Auftrag gemäß §§ 662 ff. BGB darstellt, jederzeit kündigen kann [2]), läßt sich generell nicht bejahen, da bei den echten Treuhänderschaften der Treugeber auf die zuverlässige Pflichterfüllung des Treuhänders vertraut und eine willkürliche Kündigung gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Meist wird im Grundvertrag die etwaige Kündigung zugelassen sein. Bei der Sicherungstreuhänderschaft ist es dem Treuhänder unbenommen, jederzeit auf seine Sicherheit zu verzichten [3]).

Für Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte, kann er Ersatz verlangen und erfüllt bei unvorhergesehenen Fällen den mutmaßlichen Willen des Treugebers. Ob er Vorschuß für Ausführung der Geschäfte, insbesondere bei der Vermögensverwaltung zu fordern berechtigt ist, richtet sich nach den Bestimmungen des Verpflichtungsvertrages.

Sofern seine Gegenansprüche nicht befriedigt werden, hat er ein Retentionsrecht an dem Treugute gemäß § 273 BGB oder § 369 HGB, sofern im übrigen die Voraussetzungen dieser Vorschriften vorliegen [4]).

---

10) Bovensiepen 65.
11) So Schleß 65 f.; von seiner Treuhanddefinition aus verständlich; vgl. auch Eiser LZ 1931 Sp. 229; Schöny Treuhandgesch. 57; Zöllner SeuffBl. 72, 721.
12) Endemann II 2 § 228 5c; Hölder JJ 53, 92.
13) Vgl. oben § 11.
1) Bovensiepen 63; Grünschild 37; Schöny ArchbürgR 35, 348.
2) § 671 I BGB.
3) Schöny,Treuhandgeschäfte 56 f.
4) Bovensiepen 63; Grünschild 41; Schöny ArchbürgR 35, 347 f.

§ 26. Das Außenverhältnis. Die Erhaltung des Treugutes.

Wir haben oben gesehen, daß das Hauptrisiko bei der mittelbaren Stellvertretung der Vertretene läuft [1]), und wir haben weiter festgestellt, auf welchem Wege eine Sicherung des Vertretenen erreicht wird [2]).

Auch die Stellung des Treugebers ist gefährdet. Gemäß unserer Definition [3]) hat dieser dem Treuhänder etwas zu eigen anvertraut. Der Treuhänder kann also als voller Eigentümer das Treugut verkaufen, belasten, Forderungen einziehen usw. Es ist daher zu prüfen, wie der Treugeber gegen einen Mißbrauch der Treugewalt zu schützen ist. Die Bestimmungen des geltenden Strafrechts versagen. Der in Frage kommende § 246 StGB kann deshalb nicht angewendet werden, weil Gegenstand der Unterschlagung fremde Sachen sind, das Treugut aber dem Treuhänder gehört. Wenn Schultze [4]) bei bedingt übertragenem Treugute Unterschlagung annimmt, so ist das nicht richtig, da die Sache bei Begehung der Tat fremd sein muß, hier aber diese bei Begehung dem Treuhänder noch gehört [5]). Ferner kommt hinzu, daß § 246 StGB nur für Unterschlagung von Sachen, nicht von Rechten gilt. Eine analoge Anwendung des Paragraphen in der Weise, daß man eine fremde Sache einer fremd werdenden Sache gleichsetzt, widerspricht den Grundsätzen des Strafrechts [6]). Auch § 266 II StGB greift nicht ein, weil der Treuhänder nicht über Vermögensstücke des Treugebers, sondern über eigene verfügt [7]). Der § 314 des Amtlichen Entwurfes eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs schafft hier Änderung, indem er bestimmt, daß der bestraft wird, der „die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über das Vermögen eines anderen zu verfügen, wissentlich zum Nachteil des anderen mißbraucht". Leider aber spiegelt diese Fassung den abzulehnenden Begriff eines formellen und materiellen Eigentums wieder [8]). Schultze hat nun einen Weg aufgezeigt, mit Hilfe dessen es dem Treugeber möglich ist, das übertragene Gut zu sichern. Er stellt das Treugut unter eine auflösende Bedingung derart, daß Tod, Wegfall des Treuhänders, Unerreichbarkeit des Zweckes, zweckwidrige Verfügung ohne weiteres den Rückfall des Eigentums an den Treugeber oder einen anderen herbeiführen [9]).

---

1) Vgl. oben § 22.
2) Vgl. oben § 22.
3) Vgl. oben § 11.
4) JJ 43, 24.
5) Bovensiepen 67; Frank § 246 II 2d; Schöny, Treuhandgeschäfte 70; a. M. Schultze JJ 43, 74; RGSt 3, 344, aber für Allgemeines Landrecht.
6) Schöny, Treuhandgeschäfte 70.
7) Bovensiepen 67; Levi 29; v. Liszt 456; Schöny, Treuhandgeschäfte 70; a. M. Hein 197.
8) Bovensiepen 67. Die Lücke ist jüngst beseitigt durch Neufassung des § 266 StGB durch Gesetz vom 29. Mai 1930 (RGBl I S. 295 ff.), nach welchem der Treuhänder, der die ihm obliegende Pflicht, die Interessen des Treugebers wahrzunehmen, vorsätzlich verletzt und diesem Nachteil zufügt, wegen Untreue bestraft wird.
9) JJ 43, 20 ff.

Demgegenüber hat man eingewendet, daß durch Zulassung dieser Bedingung, der nach §§ 158 II, 161 II BGB Wirksamkeit gegen Dritte zusteht, das im § 137 BGB ausgesprochene Verbot privater dinglicher Verfügungsbeschränkung umgangen wird [10]). Daher wäre eine solche Vereinbarung gemäß § 134 BGB nichtig [11]).

Der Grund nun, der zur Vorschrift des § 137 BGB führte, liegt darin, daß der Gesetzgeber verhindern wollte, daß die Parteien von dem Bürgerlichen Gesetzbuche grundsätzlich verworfene relativdingliche Rechte einführen, d. h. daß die Parteien nicht eine Aufhebung einer Veräußerungsbefugnis über ein Recht und somit Rechte schaffen können, die objektiv veräußerlich, subjektiv aber unveräußerlich sind. In einem vereinbarten resolutiv bedingten Treuhandgeschäft, das bei zweckwidriger Verfügung endet, liegt aber kein Zuwiderhandeln gegen die wahre ratio des § 137 BGB [12]).

Diese auflösende Bedingung gewährt nun zwar einen Schutz bei Fahrnis, versagt aber bei der Übertragung von Grundstücken infolge der bedingungsfeindlichen Natur der Auflassung [13]). Hier hilft die Eintragung einer Vormerkung gemäß § 883 I 2 BGB [14]), d. h. daß sich der Treugeber einen aufschiebend bedingten Anspruch auf Rückauflassung im Falle des Mißbrauchs der Treugewalt bei der Grundstücksübertragung einräumen und zugleich durch Eintragung einer Vormerkung diesen Anspruch sichern läßt [15]).

Wenn Schultze von der Vermutung für eine solche Resolutivbedingung spricht [16]), so ist das von seiner rein deutschrechtlichen Auffassung der Treuhand zu verstehen. Nun erscheint es aber nicht ungefährlich, konkrete Vereinbarungen der Parteien in allgemeine Normen zu pressen [17]). Wir wollen daher die Ansicht Schultzes dahingehend einschränken, daß die Bedingung zwar nicht ausdrücklich ausgemacht zu sein braucht, sondern es genügt, wenn sie nach den besonderen Umständen des Falles als stillschweigend gewollt [18]) anzusehen ist [19]).

Tritt die Bedingung ein, so fällt das Treugut gemäß § 161 I BGB an den Treugeber zurück und inzwischen vorgenommene Verfügungen mit beeinträchtigender Wirkung werden ungültig. Aber auch hier entsteht infolge der Vorschrift des § 161 III BGB eine gefährliche Lage für den Treugeber, indem er dann nicht vor einer Verschleppung des Treugutes gesichert wird, wenn ein Dritter dieses gutgläubig

---

10) Dernburg I 372; Crome I 379; Hengstberger 44 ff.; Oertmann Vorb. 8 zu § 164; § 137 2 a β; Pfeffer 25 f.; Schloßmann II 382; Schott 324 ff.
11) Schott 333.
12) Riezler KVJ Schr 48, 68; Schleß 71.
13) Vgl. § 925 BGB.
14) Schultze JJ 43, 21.
15) Bovensiepen 66.
16) JJ 43, 103.
17) Schleß 72.
18) Gemäß § 157 BGB.
19) Bovensiepen 67; Grünschild 11; Kiehl JW 1922 S. 788; Podkomorsky 45; Regelsberger JJ 44, 413.

erwirbt. Um den guten Glauben des Dritten zu zerstören, muß daher der Treugeber die Bindung des Treuhänders kenntlich machen[20]). Ein weiteres Bedenken ergibt sich daraus, daß zwar der gutgläubige Erwerber geschützt wird, nicht aber dessen Gläubiger infolge der Vorschrift des § 161 I BGB[21]). Endlich bereitet es Schwierigkeiten, wenn der Eintritt der auflösenden Bedingung festgelegt werden soll. Würde man in jedem Falle des Zuwiderhandelns, also auch bei unbedeutenden Verstößen, einen Rückfall des Treugutes annehmen, so wäre dem Treugeber mehr geschadet als genützt, da unter Umständen die Erreichung des fiduziarischen Zweckes vereitelt werden könnte[22]).

Wollte man nun aus den der Resolutivbedingung Schultzes entgegenstehenden Bedenken zu einer Ablehnung derselben kommen, so wäre dies nicht gerechtfertigt. Das geltende Recht gibt uns keine Möglichkeit, etwas Besseres an ihre Stelle zu setzen[23]). Für die Praxis kann daher ihre Anwendung, wenn auch in vorsichtiger Weise, empfohlen werden[24]).

Wir haben oben festgestellt, daß der Treuhänder zwar als voller Eigentümer das Treugut veräußern, belasten, Forderungen einziehen, abtreten usw. kann, daß aber einer mißbräuchlichen Benutzung des Treugutes entgegengewirkt werden kann. Wir haben nun die Frage zu klären, ob Gegenstände, die geschäftlich an die Stelle des Treugutes treten, wiederum Treugut werden, d. h. ob für das Treuhandvermögen ein Surrogationsprinzip gilt. Diese Frage ist deshalb von großer Wichtigkeit, weil bei ordnungsmäßiger Verwaltung der Treuhänder häufig wird Gegenstände veräußern müssen. In wessen Eigentum die dafür erworbenen Ersatzstücke fallen, ist klarzustellen.

Die Rechtsprechung und ein Teil des Schrifttums[25]) verhält sich dem Gedanken einer Surrogation gegenüber ablehnend.

So führt Rühl[26]) aus, daß das deutsche Recht kein allgemeines Surrogationsprinzip kenne, eine solche nur in einzelnen Fällen[27]) stattfinde. Dem Standpunkte des geltenden Rechtes nach sei jede Surrogation noch eine so singuläre Erscheinung, daß die Anwendung der geltenden Bestimmungen auf rechtsähnliche Fälle unmöglich erscheine.

Fischbach[28]) hat die Treuhandsurrogation damit zu begründen versucht, daß bei dem Treugute ein Sondervermögen vorliege und deshalb das Prinzip gelte.

---

20) Bovensiepen 66; Schöny 62.
21) Riezler KVJ Schr 48, 70.
22) Schleß 72 ff.
23) Riezler KVJ Schr 48, 70.
24) Für die Resolutivbedingung vgl. Bovensiepen 66 f.; Grünschild 11; Jacobi 197 f.; Kreß 500 f.; Riezler KVJ Schr. 48, 70; Schleß 74 f.; Schöny, Treuhandgeschäfte 61 f.; Staudinger § 137 2a.
25) E 94, 307 f.; 133, 87 f.; anders aber E 121, 296; dazu Nord JW 1929 S. 645 Anm. 9; RG in LZ 1928 Sp. 1248 Nr. 6.
26) 42 f.; vgl. auch Düringer-Hachenburg § 392 Anm. 21; Heymann, Trustee 514 ff.; Jaeger § 43 Anm. 41 im Falle der Aussonderung; Kunisch 63 f.; 76; Schmidt 32; Siebert JW 1931 S. 3106 zu 18.
27) §§ 1219, 1247, 1287 BGB, § 392 II HGB.
28) 224 f.; 308 ff.

Nun können aber Sondervermögen nicht willkürlich geschaffen werden, außerdem hat das BGB die Surrogation für die verschiedenen Sondervermögen nicht einheitlich geregelt [29]).

Andere suchen das Problem dadurch zu lösen, daß sie für eine analoge Anwendung der Surrogationsbestimmungen des Pfandrechtes im BGB [30]) eintreten [31]).

Die Anwendung einer Analogie hängt methodisch indessen von Bedingungen ab. Ferner ist der Umfang des Surrogationsprinzips unbestimmt [32]).

Schleß bejaht die Surrogation ganz allgemein, was sich aus seiner Definition von selbst ergibt [33]). Wir haben aber seine Definition abgelehnt [34]), womit auch seinen Folgerungen bezüglich der Surrogation die Grundlage entzogen wird.

Trotzdem sind wir der Meinung, daß ein dringendes Bedürfnis dafür besteht, die Ersatzstücke des Treugutes wiederum Treugut werden zu lassen. Im anderen Falle würde es sich auch bei ordnungsmäßiger Verwaltung ergeben, daß das Treugut allmählich aufgezehrt wird. Wir haben oben gesehen [35]), daß es gleichgültig ist, aus welchem Vermögen der Treuhänder Treugut erhält. Die Hauptsache ist, daß auf Grund des Treuhandvertrages Einigkeit zwischen ihm und dem Treugeber darüber besteht, daß das Erworbene Treugut werden soll.

Damit löst sich auch unsere Frage, indem wir sagen, daß alles, was der Treuhänder gleichviel von wem erwirbt, Treugut wird, also auch Ersatzstücke, sofern der Erwerb auf Grund des Treuhandvertrages geschieht. Würde er für sich erwerben wollen, so würde er gegen seine Treupflicht verstoßen. Daher streitet die Vermutung dafür, daß er als Treuhänder, d. h. für fremde Rechnung erwerben wollte; seinen gegenteiligen Willen, d. h., daß er entgegen dem Treuhandvertrage handeln wollte, hätte er dann zu beweisen [36]). Wir

29) Enneccerus-Nipperdey § 125 II 2 Anm. 4; Schleß 63.
30) §§ 1219, 1247, 1287.
31) v. Alten-Bockum 33 f.; Bovensiepen 66; Schöny Treuhandgeschäfte 63.
32) Schleß 64.
33) 64; vgl. auch oben § 11.
34) Vgl. oben § 11.
35) Vgl. oben § 11.
36) Einen anderen Weg, der aber immer spezielle Willenserklärungen der Parteien voraussetzt und juristisch sehr subtil ist, ergibt sich aus einem Beispiel v. Tuhrs in seiner Lehre von der Anweisung (JJ 48, 43 f.). Dort überträgt der Schuldner D zwecks Tilgung eine Summe an den Gläubiger A, zahlt das Geld aber an dessen Bevollmächtigten X. A will X zum Eigentümer der Summe machen. Das geschieht dadurch, daß sich X und A einig sind, daß im Augenblicke des Besitzerwerbes durch X dieser Eigentümer werden soll (antizipierte brevi manu traditio nach § 929 I 2 BGB). Auf Treuhandverhältnisse übersetzt, müßte man, da ein Erwerb des Treugebers A auf dem Wege des § 164 BGB nicht möglich ist, ein zwischen dem Treuhänder X und A vereinbartes antizipiertes Besitzkonstitut nach § 930 BGB annehmen, um zu einem Eigentumserwerb des Treugebers zu gelangen. Im Augenblick des Besitzerwerbes durch X tritt ein Eigentumserwerb des A gemäß § 930 BGB ein, gleichzeitig aber auch Verlust desselben und Erwerb des Treuhänders X für das Treugut auf Grund des Treuverhältnisses durch antizipierte brevi manu traditio. Diese

machen damit die Einverleibung der Neustücke in das Treuhandvermögen von dem Willen des Treuhänders abhängig. Der Erwerbsakt selbst stellt sich als Willensgeschäft [37]) dar.

§ 27. Fortsetzung. Die Stellung des Treuhänders gegenüber Dritten.

Da der Treuhänder voller Eigentümer ist [1]), so ist er auch in jeder Hinsicht Rechtsnachfolger des Treugebers, da er sein Recht von ihm ableitet. Er, nicht der Treugeber, stellt die Prozeßpartei dar und für oder gegen ihn wirkt das rechtskräftige Urteil [2]). Soweit das Treugut dinglich belastet ist, übernimmt er diese Lasten, ferner tritt er auch in bestehende Miet- und Pachtverhältnisse ein.

Dagegen haftet er für persönliche Schulden des Treugebers, auch für die einer Hypothek zugrundeliegende Forderung grundsätzlich nicht. Die Haftung des Treugebers aus Geschäften mit dem Treugut ist regelmäßig unbeschränkt, kann aber durch Vertrag mit dem Dritten gemindert werden. Rechtsbeziehungen entstehen allein zwischen ihm und dem Dritten. Bezüglich der Liquidierung eines Schadens, der nicht bei ihm, der ja für fremde Rechnung handelt, sondern dem Treugeber entstanden ist, gilt das bereits oben Gesagte [3]).

Bestritten ist die Frage, ob der Drittschuldner Einwendungen, die in der Person des Treugebers begründet sind, auch dem Treuhänder entgegenhalten kann.

Für die Anhänger der Legitimations- und Verwaltungstheorie [4]) ergibt sich die einfache Lösung, daß sich der Treuhänder alle in der Person des Treugebers begründeten Einwendungen entgegenhalten lassen muß.

Eine andere Meinung [5]) stützt sich auf § 816 I 2 BGB. Wie der Berechtigte gemäß diesem Paragraphen von dem unentgeltlichen Erwerber die Sache herausverlangen kann, so müsse der Aussteller von dem Indossatar, wenn er unentgeltlich erworben habe, den Wechsel kondizieren und gegen diesen die entsprechenden Einreden erheben können [6]).

§ 816 I 2 BGB behandelt jedoch nur das Verhältnis der Person, die über den Gegenstand eine Verfügung trifft oder ihn erwirbt, zu dem wahren Eigentümer, nicht aber das Verhältnis der Person zum Dritten, hier also zum Wechselschuldner [7]).

Konstruktion setzt aber auf der Parteiseite mindestens eine Anzeige des Treuhänders von jedem zu erwerbenden Gegenstande voraus, weil eine nicht hinreichend bestimmte Einigung der Nichtigkeit anheimfallen würde. Die Möglichkeit antizipierter Verfügungen wird nach h. M. anerkannt. A. M. Eccius, Gruchot 47, 52 ff., das. 48, 465 ff.; Planck § 929 3b.

37) Vgl. hierzu Manigk, Willenserklärung 415 ff.

1) Vgl. oben § 11.

2) Gemäß § 325 ZPO.

3) Vgl. oben § 20 am Ende.

4) Vgl. oben § 10.

5) Brütt 267; Dernburg II § 149 Anm. 7; Hellwig, Rechtskraft 295 f.; Oertmann § 796 3c; v. Tuhr II, 2 133 ff.; JJ 48, 53.

6) v. Tuhr II, 2 § 73 Anm. 182; Brütt bezieht sich auch auf § 822 BGB.

7) Holz, Gruchot 50, 332 f.; Staub, Art. 82 Anm. 4.

Das Reichs- und Reichsoberhandelsgericht begründen ihre Ansicht mit der exceptio doli. Das Reichsoberhandelsgericht gewährt aber die Einrede nur, wenn Treuhänder und Treugeber im gemeinsamen Einverständnisse die Übertragung zu dem Zwecke vorgenommen haben, um dem Schuldner eine von ihnen selbst für stichhaltig erkannte Einrede abzuschneiden [8]). Darüber hinausgehend läßt das Reichsgericht die exceptio doli auch dann zu, wenn der Indossatar im Prozeßverlaufe erfährt, wie der Indossant die Wechselforderung erworben hat und nunmehr trotzdem im Interesse des eigentlichen Wechselgläubigers zwecks Sicherung der Vorteile von dessen arglistigem Verhalten den in eigenem Namen geltend gemachten Anspruch aufrecht hält und weiter durchzuführen sucht [9]).

Auch für das heutige Recht gilt die exceptio doli, ist sie doch als exceptio doli specialis in den §§ 823 II, 826, 853 BGB anerkannt. Die Gültigkeit der exceptio dolis generalis, die das BGB nicht ausdrücklich erwähnt, steht nicht im Zweifel, da das Prinzip des Treu und Glaubens zahllosen Bestimmungen des Gesetzes innewohnt [10]). Aus diesem Prinzip leitet sich der Satz: „doli facit, qui petit, quod redditurus est“ [11]) ab, der die Lösung des Problems enthält. Der Treuhänder besitzt seine Rechte nur für fremde Rechnung, sodaß es höchst unbillig wäre, dem Schuldner die in der Person des Treugebers begründete Einwendung abzuschneiden. Was der Treugeber nach Durchführung seines Anspruches sofort zurückgewähren müßte, das muß auch der Treuhänder zurückgewähren, da ihm nicht das gegen den Dritten zustehen kann, was dem anderen verwehrt ist [12]). Dies gilt bezüglich der reinen Treuhänderschaft, ist aber für die gemischte abzulehnen. Denn hier tritt der Treuhänder nicht für fremde Rechnung allein auf, sondern arbeitet meist im eigenen Interesse. Hat z. B. der Treugeber zur Sicherheit eine Forderung zediert, so bestehen für den Drittschuldner nur die aus §§ 404 ff. BGB in der Forderung begründeten Einreden, nicht aber eine Exceptio doli, da der Treuhänder quasi als Pfandgläubiger auftritt und sich aus dem Gegenstande zu befriedigen sucht, nicht aber lediglich im Interesse des Treugebers tätig wird [13]).

---

8) ROHG 8, 357; 11, 111 f.; 12, 433 f.; 13, 260 ff.; 23, 338, 25, 302.

9) E 4, 101; 11, 9; 32, 128 f.; 36, 55 f.; 41, 115; anders E 96, 190 ff.; RG in Gruchot 27, 997 f.; mit anderer Begründung E 117, 71 f.; für die Ansicht des ROHG: Goltz 66 ff.; Holz, Gruchot 50, 332 ff.; Kaul 39 ff.; Lang, ArchzivPrax 83, 338 ff.; Meissner 60 ff.; Wendt, ArchzivPrax 100, 275 ff. Für die Ansicht des RG: Bovensiepen 66; Regelsberger, ArchzivPrax 63, 189 ff.

10) E 52, 219; 108, 110; 123, 240; Enneccerus-Nipperdey § 208 III; Hamburger 18 ff.; 99 ff.; Regelsberger KVJ Schr 44, 433 ff.; Schleß 95; Wendt, ArchzivPrax 100, 1 ff.; a. M. Langheinicken 324 ff.; Schneider, ArchBürgR 25, 269 ff.

11) L 8 D 44, 4; L 173 § 3 D 50, 17.

12) Schleß 96.

13) Berolzheimer 44 f.; Schleß 96 f.; Wendt, ArchzivPrax 100, 299; vgl. auch E 72 379, RG in BayRpflZ 1930 S. 359 II, RG in LZ 1913 Sp. 933 f.; Dungs, Gruchot 32, 40; Mansfeld LZ 1913 Sp. 429 ff.

§ 28. Fortsetzung. Treugeber und Dritter.

Zwischen dem Treugeber und dem Dritten entstehen grundsätzlich keine Rechtsbeziehungen, da der Treuhänder voll berechtigter Eigentümer wird [1]). Nur etwaige persönliche Schulden oder eine einer Hypothek zugrundeliegende Forderung wird durch den Rechtsübergang nicht berührt. Hat aber bei einem Mißbrauch der Treugewalt durch den Treuhänder der Dritte planmäßig zur Schädigung des Treugutes mitgewirkt, so macht er sich dem Treugeber gegenüber gemäß § 826 BGB schadensersatzpflichtig und muß ihm auf Grund der Naturalrestitution des § 249 BGB das Treugut herausgeben [2]).

§ 29. Die Treuhand im Konkurse. Die Gegner der Aussonderung.

Zu den wichtigsten Fragen des Treuhandrechtes überhaupt gehört die Frage, ob der Treugeber im Konkurse des Treuhänders das Treugut aussondern kann oder ob er nur einen gewöhnlichen Konkursanspruch hat [1]). Für diejenigen, die die Meinung vertreten, daß der Treuhänder nicht nur formeller, sondern wirklicher Rechtsträger ist, ergibt sich die zwingende Konsequenz, daß gemäß § 1 KO das Treugut in die Konkursmasse des Treuhänders fällt. Das Recht des Treugebers sei obligatorischer Natur. Das fiduziarisch erworbene Vermögen gehöre zu dem Vermögen des Treuhänders, während im Vermögen des Treugebers die Forderung auf evtl. Rückgabe verbleibe. Ohne Rücksicht auf die obligatorischen Beziehungen unterliege das Vermögen des Treuhänders dem Zugriff seiner Gläubiger, nicht aber dem der Gläubiger des Treugebers. Da es sich nun um einen dem Gemeinschuldner gehörenden Gegenstand handele, habe der Treugeber kein Aussonderungsrecht, sondern habe seine Forderung auf Rückgabe ihrem Schätzungswerte nach geltend zu machen [2]) und erhalte quotenmäßige Befriedigung. Aus Billigkeitsgrundsätzen aber ein Aussonderungsrecht anzunehmen, widerspreche der festen Rechtsregel des § 43 KO. Wer sein Eigentum wie der Treugeber weggebe, nehme die Gefahr auf sich, bei Insolvenz des Gegners einen Verlust zu erleiden. Dies geschehe nicht nur im Falle des fiduziarischen Rechtsgeschäftes, sondern überall da, wo der Gläubiger auf die Zahlungsfähigkeit des Schuldners vertraue, z. B. wenn der Verkäufer vor Zahlung die Sache aus der Hand gebe oder der Darlehnsgläubiger das Darlehn in Erwartung der Rückzahlung hingebe. Auch in diesen Fällen bestehe kein Aussonderungsrecht, und würde man es

---

1) Vgl. oben § 11.

2) Bovensiepen 60.

1) Der Konkurs des Treugebers hat nur Bedeutung im Falle der Sicherungstreuhänderschaft. Bezgl. der Sicherungszession ergibt sich, daß dem Treuhänder die Forderung gehört, die er, soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist, aussondern kann. Das Gleiche gilt im Falle der Sicherungsübereignung. A. M.: Das Reichsgericht, das dem Treuhänder ein Recht auf abgesonderte Befriedigung gibt (E 91, 15). Auch sonst besteht infolge des Vollrechtes ein Aussonderungsrecht des Treuhänders, das aber praktisch infolge der Rückgabepflicht meist illusorisch sein wird.

2) § 69 KO.

zulassen, so würde eine gleichmäßige Gläubigerbefriedigung vereitelt [3]).

§ 30. Fortsetzung. Die verschiedenen Begründungen des Aussonderungsrechtes.

Da nun aber zwingende Gründe für eine Gewährung des Aussonderungsrechtes sprechen, ist doch im praktischen Leben die Treuhand ohne ein Aussonderungsrecht des Treugebers kaum denkbar, so hat man auf die verschiedenste Weise versucht, aus dem geltenden Recht eine Aussonderungbefugnis des Treugebers herzuleiten.

Die Anhänger der Legitimations- und Verwaltungstheorie, die dem Treuhänder eigene Rechtsträgerschaft absprechen, kommen damit zu der Folgerung, daß der Treugeber das Treugut aussondern darf, weil es dem Gemeinschuldner nicht gehört und somit nicht in die Konkursmasse fällt [1]). Wir hatten bereits diese Definition abgelehnt [2]), womit auch die Begründung des Aussonderungsrechtes hinfällig wird.

Andere wollen im Konkurse des Fiduziars hinsichtlich der im Vermögen vorhandenen, fiduziarisch übertragenen Gegenstände dem Fiduzianten vermöge einer rei vindicatio utilis ein Aussonderungsrecht geben [3]).

Diese Ansicht scheitert aber daran, daß das heutige Recht eine rei vindicatio utilis nicht kennt [4]) und diese daher nicht verwertet werden kann [5]).

Schultze [6]) hat nun darauf hingewiesen, daß die Eigentumsübertragung an den Treuhänder unter der auflösenden Bedingung des Rückfalls im Falle des Konkurses vorgenommen werden kann. Der Aussonderung stehe nicht § 26 KO entgegen, da einmal die Verleihung der Rechtsmacht zu treuen Händen erfolge, nicht eine schuldrechtliche Vertragsleistung im Rahmen eines zweiseitigen Vertrages im Sinne dieser Vorschrift darstellt, zum anderen die Konkurseröffnung über das Treuhandvermögen nicht das Treueverhältnis berühre. Eine die Bedingung auslösende Zweckverletzung durch den Konkurs

---

3) Vgl. besonders v. Tuhr II 12, 200 ff.; 205 f.; ferner OLG Kiel in BuschsZ 45, 500 ff.; Czaya 6 ff.; Dreyer, Gruchot 40, 458 f.; Düringer LZ 1908 Sp. 103; Eccius, Gruchot 46, 691; Endemann § 62 Anm. 25; Engel 46 f.; Goltz 85 ff.; Gunz 242 f.; Hengstberger 31 ff.; Herz 58 ff.; Kanter 41 ff.; v. Lang, ArchzivPrax 83, 341 ff.; Lilienthal DJZ 1902 S. 545; Matthiaß § 54 III A; Regelsberger, ArchzivPrax 63, 187 f.; Salinger I 436 f.; Schaps, Ztschr. f. Handelsr. 42, 422; a. M. Regelsberger, Pandekten I 519, wo er Aussonderungsrecht gewährt.

1) Vgl. oben die § 10 Anm. 5 und 6 Genannten.

2) Vgl. oben § 10.

3) Enneccerus-Nipperdey § 139 II 3; Kohler ArchBürgR 3, 281 f.; anders aber Kohler, Konkursrecht 116 ff., wo er eine replica doli gibt (dagegen Schleß 69).

4) Für das römische Recht vgl. z. B. L 30 D 39, 6; L 8 C 3, 32; L 3 C 5, 51; L 1 C 8, 54.

5) Fischbach 247; Meissner 66; Schleß 69.

6) Schultze JJ 43, 23; vgl. auch oben § 26.

liege erst vor, wenn das Treugut durch Einziehung dem Treuzwecke entfremdet wird [7]).

Nun haben wir aber oben entgegen der Ansicht Schultzes [8]) festgestellt [9]), daß die Vermutung nicht für die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung spricht. Wenn im Einzelfalle die Parteien eine Resolutivbedingung ausgemacht haben, so kann diese zur Begründung eines Aussonderungsrechtes benutzt werden; generell gilt das aber nicht [10]).

Die Anhänger der formellen oder juristischen und materiellen oder wirtschaftlichen Treuhandtheorien[11]) begründen das Aussonderungsrecht damit, daß die formal-juristische Zugehörigkeit des Treugutes zum Vermögen des Treuhänders im Geltungsbereiche des § 43 KO hinter der materiell-wirtschaftlichen Zugehörigkeit des Treugutes zum Vermögen des Treugebers zurücktreten müsse [12]). So spricht sich das Reichsgericht z. B. im Urteil vom 10. Oktober 1917 [13]) dahingehend aus, daß, wenn eine Sache dem Gemeinschuldner „nur" zu treuen Händen übereignet worden sei, sie zwar formell in seinem Eigentum stehe, im Konkurse des Treuhänders aber die Aussonderung verlangt werden könne [14]).

Diese Begründung, daß der Treuhänder nur ein formell-juristisches Eigentum erhalte, ist bedenklich. Dem geltenden Privatrecht ist ein geteiltes Eigentum unbekannt [15]).

Verwandt mit der Lehre von der relativen Rechtsstellung ist die, die bei der fiduziarischen Übertragung relativ unwirksames Eigentum annimmt, d. h. daß der Treuhänder gegenüber allen außer dem Treugeber Eigentümer ist, nicht also im Verhältnis Treuhänder—Treugeber. Da der Treugeber im Innenverhältnis Eigentümer bleibe, stehe ihm im Konkurse des Treuhänders ein Aussonderungsrecht zu [16]).

Diese Ansicht erweist sich als unbrauchbar, da sie von der falschen Voraussetzung ausgeht, daß der Treuhänder im Verhältnis zum Treugeber nicht Rechtsträger sei [17]).

---

7) Schultze JJ 43, 23; vgl. oben die Ansicht des Schrifttums über die Resolutivbedingung in § 26.

8) JJ 43, 103.

9) § 26.

10) Schleß 72 ff.; vgl. im übrigen das in § 26 Gesagte.

11) Vgl. oben § 10.

12) Vgl. Jaeger § 43 Anm. 40.

13) E 91, 14.

14) 19, 60; 24, 45; 31, 392; 45, 81 ff.; 55, 389 ff.; 62, 198 ff.; 79, 121 ff.; 91, 14; 94, 307; OLG Dresden in OLG E 6, 415 f.; vgl. auch v. Alten Bockum 27 f., 37; Heymann in Brunner 528 ff.; Jaeger § 43 Anm. 40; Kunisch 58 ff.; Mentzel § 43 Anm. 2; Schmidt, BuschsZ 29, 547 f.; Warneyer § 117 IV.

15) Vgl. auch oben § 26; ferner Bovensiepen 65; Schleß 70; anders freilich das Steuerrecht, das den Begriff des wirtschaftlichen Eigentums kennt; vgl. unten § 33.

16) Dernburg-Sokolowski § 88, 3; Enneccerus-Nipperdey § 139 Anm. 14a; Enneccerus-Wolff § 88 V; Isay § 6 Anm. 28; Kunisch 58, 69 ff.; vgl. auch E 127, 9.

17) Vgl. oben aber § 11.

Eine andere Gruppe des Schrifttums hält eine Begründung des Aussonderungsrechtes aus dem geltenden Recht für unmöglich.

Nach Schönfeld bilden Treuhänder und Treugeber ein Rechtssubjekt, dem das Treugut als gemeinschaftliches Gut zustehe, wobei der eine nach außen, der andere nach innen den Vorzug habe. Solange das Verhältnis bestehe, habe nur der eine das Verfügungsrecht, löse es sich auf, wie im Konkurse, so verwandele sich das gemeinschaftliche Eigentum in das mit dem beschränkten Rechte des anderen belastete Alleineigentum [18]).

Wo sich im geltenden Recht eine solche Verwandlung, wie sie Schönfeld konstruiert, findet, erklärt er nicht; daher muß seine Ansicht als unvereinbar mit dem heutigen Recht abgelehnt werden [19]).

Ebenso unhaltbar stellt sich die Theorie von Holz dar, der sich auf die Begriffsbestimmung des Eigentums nach dem Allgemeinen Landrecht [20]) und auf die Wechselordnung von 1848 bezieht, die durch die Neuordnung des Bürgerlichen Rechts kaum berührt worden sei. Er unterscheidet danach zwischen dem Eigentum an der Wechselforderung und der Wechselgläubigerschaft und gewinnt daraus für den Inkassoindossanten ein Aussonderungsrecht [21]).

Podkomorski begründet das Aussonderungsrecht des Treugebers damit, daß dieser Anspruch einen obligatorischen Herausgabeanspruch mit der von dem Gesetz verliehenen Aussonderungskraft ähnlich dem Verfolgungsrechte des § 47 KO darstelle [22]).

Warum aber dieser obligatorische Anspruch diese Kraft besitzt, begründen die Anhänger dieser Lehre nicht hinreichend [23]).

Nach Wieland [24]), dem sich Gunz im wesentlichen anschließt [25]), ist der Indossant im Konkurse des Indossatars aussonderungsberechtigt, nicht aber weil er Eigentümer des Wechsels, sondern weil er forderungsberechtigt ist; ferner beruft er sich für die Begründung seiner Ansicht auf das französische Recht.

Seine Theorie muß aber abgelehnt werden, da einmal die Bezugnahme auf ausländisches Recht als Rechtsquelle für deutsches Recht unzulässig ist, zum andern es nach h. M.[26]) keine Spaltung zwischen Wechselgläubigerschaft und Eigentum an der Wechselurkunde gibt [27]).

---

18) Schönfeld 224 f.
19) Vgl. auch Schleß 32.
20) I 8 § 1.
21) Holz, Gruchot 50, 318 ff.
22) Podkomorski 53; vgl. auch Goldmann, Gruchot 50, 823; Katzmann 45; Oertmann JJ 66, 297.
23) Schleß 75.
24) 297 ff., 308.
25) 203 ff.
26) Vgl. v. Canstein 232; Gierke, Privatrecht § 108 V Anm. 50; Goldschmidt, Ztschr. f. Handelsr. 28 67 ff.
27) Eingehend gegen ihn Podkomorski; vgl. auch Schleß 75.

Eine große Gruppe von Autoren hat, um ein Aussonderungsrecht des Treugebers in Anlehnung an positivrechtliche Bestimmungen zu finden, die Lösung des Problems mit Hilfe analoger Anwendung des § 392 II HGB versucht[28]). Der gesetzgeberische Grund des § 392 II HGB liege in dem Gedanken, daß Werte, die jemand für fremde Rechnung zustehen und die er einem anderen als gehörend ansieht, auch dem Zugriffe seiner Gläubiger entzogen sein sollen, die sich seine Einstellung zu eigen zu machen haben[29]). Wenn nun das HGB nur dieses Billigkeitsprinzip für den Kommissionär einführe, so liege es daran, daß für das Handelsrecht im wesentlichen als Rechtsträger für fremde Rechnung allein der Kommissionär in Frage komme, daß man ferner später eine Aufnahme ähnlicher Bestimmungen in das BGB infolge ungenügender Kenntnis des Grundprinzips versäumte. Daß das HGB nur die Forderungen des Kommittenten erwähnt, erkläre sich aus der geschichtlichen Entwicklung[30]) und bedeute nicht eine Einschränkung. Vielmehr sei der dem § 392 II HGB zugrundeliegende Gedanke auf alle anderen Fälle fiduziarischer Berechtigung analog anzuwenden.

Dieser Ansicht kann der Verfasser nicht beitreten. Der § 392 II HGB stellt eine Eigentümlichkeit der handelsrechtlichen Kommission dar. Daher wurde der Gedanke, im BGB eine allgemeine Norm im Sinne des § 392 II HGB einzuführen, nach eingehender Verhandlung abgelehnt[31]).

So vertrat die Mehrheit der Kommission den Standpunkt, daß die Einführung dieses Prinzips zu einer Verwischung der Unterschiede zwischen unmittelbarer und mittelbarer Stellvertretung führen würde. Um das Risiko einer Insolvenz des mittelbaren Stellvertreters zu vermeiden, könne er sich eines Bevollmächtigten bedienen und werde im Wege des § 164 BGB direkt berechtigt. Der Art. 368 II ADHGB = § 392 II HGB beruhe auf dem Gedanken, daß der Verkaufskommissionär von dem Kommittenten Waren empfangen habe, wofür die Forderungen aus dem Verkaufe derselben, an denen der Kommittent bis dahin Eigentum gehabt habe, zu treten haben. In solchen Fällen sei die Vorschrift gerechtfertigt, die auf alter Handelsgewohnheit beruhe. Jedoch ein allgemeines Prinzip aus dieser Spezialbestimmung abzuleiten, sei äußerst bedenklich[32]).

---

28) Brütt 9; Dungs 20 f.; Fitting 274 f.; Heymann 530 f.; Krückmann JJ 56, 311; Oppenheimer 44 ff.; Podkomorski 53 f.; Regelsberger JJ 58, 167 f.; Rühl 44 f.; Rumpf, ArchzivPrax 119, 116 ff.; Schleß 76 ff.; Schmidt-Rimpler V, 1, 611, 938 ff.; Schultze, Ztschr. f. Handelsr. 42, 365 (a. M. JJ 43, 49); früher auch RG in SA 46, 146; Bartsch I 185 de lege ferenda.

29) Fitting 274; Schleß 79.

30) Vgl. darüber Schleß 81.

31) Prot. II 360 ff.

32) Prot. II 363 f.; E 40, 86 ff.; 58, 275 ff.; 84, 216; 96, 5; OLG Königsberg in LZ 1909 Sp. 568 Nr. 2; Enneccerus-Nipperdey § 167 I; Goltz 87; Jaeger § 43 Anm. 53; v. Lang ArchzivPrax 83, 347 ff.; Lehmann § 36 I 1c; Nußbaum 40; Planck § 1645; Staudinger Vorb. 8 zu 164; v. Tuhr II, 2, 206 Anm. 111, ders. Grünhuts Z 25, 574 f.

Damit ist festgestellt, daß es sich bei dem § 392 II HGB um eine singuläre Vorschrift handelt [33]). Grundsätzlich steht nun fest, daß singuläre Rechtssätze eine allgemeine analoge Anwendung nicht erlauben, da sie das höhere Prinzip nicht aufheben, sondern nur für besonders geartete Fälle durchbrechen wollen; jedoch ist eine Analogie innerhalb des engen Prinzips, das dem Rechtssatz zugrundeliegt, gestattet [34]). So muß man den Ausspruch des Paulus: „Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias" [35]) dahin verstehen, daß der singuläre Satz nicht zu einer allgemeinen Rechtsregel erweitert werden darf, z. B. eine Ausnahmevorschrift über das fideicommissum libertatis nicht auf Fideikommisse anderen Inhaltes ausgedehnt werden darf [36]). Die Vorschrift des § 392 II HGB enthält nun den Gedanken, bei gewerbsmäßiger Geschäftsvermittlung den Vertretenen zu schützen. Nur in diesen Fällen läßt sich eine Gefährdung der Gläubiger des Geschäftsbesorgers rechtfertigen, die damit rechnen müssen, daß fremdes Gut durch die Hand ihres Schuldners geht [37]). Diese Vorschriften nun auf Fälle gewerbsmäßiger Geschäftsvermittlung auszudehnen, widerspricht dem oben Ausgeführten nicht. Damit würde aber nur ein begrenzter Kreis von Treuhandgeschäften erfaßt werden, da man nicht sagen kann, daß alle Treuhandgeschäfte gewerbsmäßig ausgeführt werden. Es ergibt sich also, daß auch die Heranziehung des § 392 II HGB uns nicht die Möglichkeit gibt, ein allgemeines Aussonderungsrecht des Treugebers zu konstruieren.

Ein anderer Teil des Schrifttums vertritt den Standpunkt, daß das Gesetz keine Handhabe gebe, um aus ihm ein Aussonderungsrecht des Treugebers herzuleiten, und gründen ein solches deshalb auf ein durch die Rechtsprechung der Gerichte geschaffenes Gewohnheitsrecht [38]).

Unter diesem verstehen wir das ungesetzte, durch einen allgemeinen, sich durch Überzeugung bekundenden Rechtsgestaltungswillen der Gemeinschaft bezeugte Recht [39]). Das auch heute die Bildung eines Gewohnheitsrechtes möglich ist, wird nicht bestritten [40]). Allein der Gerichtsgebrauch genügt aber nicht, sondern er muß auch

---

33) Ueber den Begriff des ius singulare vgl. L 16 D 1, 3: „Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est".

34) Enneccerus-Nipperdey § 44 2a; Jess, Recht 1914 S. 81 ff.; Regelsberger ius singulare 51 ff.; Schleß 78; R. Schmidt JJ 72, 81 ff.; zu weitgehend Zitelmann 24.

35) L 14 D 1, 3; vgl. auch L 141 D 50, 17.

36) L 23 § 3 D 40, 5.

37) Prot. II 364; E 84, 216; Jaeger § 43 Anm. 49, 53; O. Schmidt 24; Schmidt-Rimpler 611 f.; v. Tuhr II, 2, 206 Anm. 111.

38) E 31, 392; 35, 79; 41, 3; 45, 80; 46, 167; 92, 198; OLG Hamburg in OLGE 11, 359; OLG Kolmar in LZ 1910 Sp. 487; OLG Oldenburg in SA 49, 210 Nr. 113; Biermann, BuschsZ 44 529; Bovensiepen 65; Jaeger § 43 Anm. 40; Klausing KVJ Schr. 57, 297; Pfeffer 58; Podkomorski 52.

39) Enneccerus-Nipperdey § 35 I.

40) Vgl. E 75, 41; Enneccerus-Nipperdey § 29.

durch das Schrifttum Anerkennung — entweder widerwillig oder ausdrücklich — gefunden haben. Ob das bei dem Aussonderungsrecht des Treugebers heute schon der Fall ist [41]), erscheint sehr zweifelhaft. Auch würden die Grenzen, die das Reichsgericht dem Treuhandbegriff und damit der Aussonderungsfähigkeit des Treugutes zieht, zu eng sein [42]), um zu einer befriedigenden Lösung des Problems zu gelangen [43]).

§ 31. Fortsetzung. Die Lösung.

Trotzdem kann es keinem Zweifel unterliegen, daß Billigkeit und Verkehrsanschauung es erfordern, das Treugut dem Zugriffe der Gläubiger des Treuhänders zu entziehen. Wollte man zur Einziehung übertragene Wechsel, die voll indossiert sind, zu Verwaltungszwecken übereignete Sachen, zur Sicherung übertragene Gegenstände nach Zahlung der Schuld den Gläubigern des Treuhänders ausliefern, so würde man das gesunde Rechtsempfinden auf das Schwerste verletzen. Zwar widerspricht ein solches Ergebnis dem Willen der Parteien, müßte aber gemäß den Bestimmungen des Gesetzes eintreten. Nun hilft uns aber die Entstehungsgeschichte der Konkursordnung selbst, ein billiges Ergebnis zu erzielen. Nach langen wiederholten Beratungen [1]) wurde bezüglich des fiduziarischen Vollindossaments folgende übereinstimmende Auffassung der Kommission zu Protokoll gegeben: „Durch § 35 [2]) des Entwurfes soll nicht ausgeschlossen sein die Zurückforderung von Wechseln und anderen durch Indossament übertragbaren Urkunden aus der Konkursmasse, sofern sie dem Gemeinschuldner nur behufs der Einziehung oder mit der Bestimmung übertragen worden sind, daß sie nur zur Sicherstellung des Gemeinschuldners dienen sollen, obwohl das Indossament den Zusatz „zur Einziehung", „zur Sicherung" oder eine ähnliche beschränkende Klausel nicht enthält" [3]). Damit hat aber der Gesetzgeber selbst einen Hinweis gegeben, wie § 43 KO ausgelegt werden soll. Wenn die Kommission im Jahre 1876 nur das fiduziarische Vollindossament erwähnt, so erklärt sich das daraus, daß andere Treuhandgeschäfte so gut wie gar keine Bedeutung hatten. Erst in der Neuzeit haben sie erheblich an Bedeutung und Umfang zugenommen [4]). Daraus folgt nun nicht, daß dieser Hinweis des Gesetzgebers auf einen engen Kreis von Treuhandgeschäften sich beschränkt, sondern er ist dahin zu werten, daß in anderen Treuhandfällen das Gleiche gelten soll. Damit haben wir ein Aussonderungsrecht aus den Materialien der gesetzlichen Bestimmungen gewonnen. Gemäß un-

41) Vgl. oben § 29.
42) Vgl. oben § 11.
43) Vgl. Katzmann 34 ff.; Schleß 76.
1) Hahn, Materialien 540 ff.; 619 ff.; 666 f.
2) Der heutige § 43 KO. Bei der Novelle zur KO v. 17. V. 1898 wurde § 35 alter Folge nicht geändert. Vgl. Jaeger Einl. XIII.
3) Hahn, Materialien 666 f.
4) Vgl. oben § 16.

serer Definition [5]), kann also der Treugeber alles [6]) Treugut im Konkurse des Treuhänders aussondern [7]).

§ 32. Die Treuhand in der Zwangsvollstreckung.

Ähnlich wie die Frage der Aussonderung regelt sich die Frage, ob der Treugeber einer Pfändung des Treugutes durch Gläubiger des Treuhänders gemäß § 771 ZPO widersprechen kann. Die Beantwortung dieser Frage ergibt sich für die einen aus Gewohnheitsrecht, für die anderen aus analoger Anwendung des § 392 II HGB, und andere lehnen ein Interventionsrecht ab [1]).

Aus den Materialien zur Zivilprozeßordnung ergibt sich kein Hinweis des Gesetzgebers, wie fiduziarische Geschäfte im Falle des § 771 ZPO behandelt werden sollen. Wir meinen nun, wenn wir oben [2]) bei der Universalzwangsvollstreckung ein Aussonderungsrecht des Treugebers angenommen haben, daß innerhalb des Prinzips der Zwangsvollstreckung für die Singularzwangsvollstreckung das gleiche gelten muß, auch wenn es in der Zivilprozeßordnung und ihren Materialien an einem besonderen Hinweis fehlt, da das, was für ein Mehr gilt, auch auf ein Minder angewendet werden kann. Daraus erhellt, daß dem Treugeber gegen eine Pfändung von Treugut durch Gläubiger des Treuhänders die Widerspruchsklage gemäß § 771 ZPO zusteht [3]).

§ 33. Die Treuhand im Steuerrecht.

Während es im bürgerlichen Recht und Handelsrecht an einem gesetzgeberisch fest umrissenen Treuhandbegriff fehlt [1]), hat das Steuerrecht den Treuhandbegriff in sein Rechtssystem eingefügt [2]). So erwähnt die Reichsabgabenordnung den Rechtsbegriff des Treuhänders an vielen Stellen ausdrücklich [3]).

---

5) Vgl. oben § 11.

6) Bezüglich der Bedenken einer Unterscheidbarkeit zwischen zum Treugute gehörenden Gegenständen und anderen, die nicht dazu gehören vgl. Schleß § 31 (S. 83 ff.), mit dem im Ergebnis der Verfasser übereinstimmt.

7) Vgl. Jaeger § 43 Anm. 40 ff.; E 45, 85 und die Anhänger des Gewohnheitsrechtes, die aber alle die Aussonderungsfähigkeit des Treugutes dahingehend einschränken, daß nur ein dem Vermögen des Treugebers selbst entstammender Gegenstand dieser Aussonderung unterliege.

1) Vgl. oben S. 30; Baumbach gibt dem Treugeber ein Interventionsrecht nur im Falle eines uneigennützigen Treuhandverhältnisses; bei einem eigennützigen, namentlich bei der Sicherungsübereignung, gibt er die Klage nicht mit Rücksicht darauf, daß sonst die Zwangsvollstreckung im höchsten Maße sabotiert werde. Der Treunehmer bedürfe der Interventionsklage nicht, da ihm die Klage auf vorzugsweise Befriedigung gemäß § 805 ZPO ausreichenden Schutz gewähre (Baumbach § 771, 4 B; vgl. auch Rosenberg, Lehrbuch § 191 III 2b). A. M. Stein-Jonas § 771 II 1a.

2) Vgl. oben § 30.

3) Das gleiche gilt für eine Pfändung im Wege des Arrestes gemäß §§ 924 ff. ZPO.

1) Vgl. oben § 15.

2) Vgl. auch das Aufwertungsgesetz vom 16. Juli 1925 § 3 I Z. 7.

3) §§ 5, 88, 166, 190, 341, 372 RAO.

Ausgangspunkt für die Beurteilung der Treuhand im Steuerrecht sind die §§ 4 und 80 RAO. § 4 enthält den Grundsatz, daß bei der Auslegung der Steuergesetze ihr Zweck, ihre wirtschaftliche Bedeutung und die Entwicklung der Verhältnisse zu berücksichtigen sind. Gemäß § 80 RAO wird derjenige steuerrechtlich wie ein Eigentümer behandelt [4]), der einen Gegenstand als ihm gehörig besitzt.

Wer einen Gegenstand als ihm gehörig besitzt, ist nach dem BGB Eigenbesitzer [5]), wird aber nach der Reichsabgabenordnung „wie ein Eigentümer" behandelt [6]). Das Steuerrecht faßt die Begriffe Besitz und Eigentum wirtschaftlich zusammen und schafft so den Begriff des dem BGB fremden [7]) wirtschaftlichen Eigentums [8]).

Dieser Anschauung folgt auch der Reichsfinanzhof, der die Ansicht vertritt, daß der Treuhänder zwar nach außen als Eigentümer auftrete, im Innenverhältnis aber so anzusehen sei, als wenn der Treugeber bürgerlichrechtlicher Eigentümer wäre. Der Treugeber stelle das dar, was man im Steuerrecht den wirtschaftlichen Eigentümer nenne [9]).

Der Reichsfinanzhof trennt also scharf zwischen dem bürgerlichrechtlichen Eigentum [10]) und dem wirtschaftlichen Eigentum des Steuerrechts [11]). Wenn nach dem Reichsfinanzhof von einem reinen Treuhandverhältnis gesprochen werden soll, so muß zwischen dem Treugeber und dem Treuhänder ein Verpflichtungsvertrag oder eine ähnliche Bindung gegeben sein, gemäß deren der Treuhänder nach Ablauf eines bestimmten Zeitraumes das ihm fiduziarisch übertragene Eigentum an den Treugeber wieder zurückzuübertragen hat [12]).

Entspricht das Letztere auch unserer Anschauung von der Treuhand [13]), so können wir doch dem Begriff des wirtschaftlichen Eigentums keine allgemeine Gültigkeit zusprechen. Es ist gewiß zuzugeben, daß im Steuerrecht im Wesentlichen praktische Gesichtspunkte maßgebend sind, auch verleitet der § 4 RAO in seiner dehnbaren Fassung dazu, den Treuhandbegriff umfassender zu gestalten, als dies bei den ordentlichen Rechtsdisziplinen, dem bürgerlichen Recht und Handelsrecht, möglich ist [15]). Das Bedauerliche ist, daß dadurch eine Divergenz zwischen steuerrechtlicher und bürgerlichrechtlicher Auffassung entsteht, die die Entwicklung einer einheitlichen Rechtsidee in Hinblick auf die Treuhand hindert. Das Steuerrecht ist infolge der Fassung des § 4 RAO der Gefahr ausgesetzt, daß unter dem Einfluß

4) Merk 117.
5) § 872 BGB.
6) § 80 RAO.
7) Auf die einzige Ausnahme in § 2169 IV BGB hat Merk 97 hingewiesen.
8) Blau JJ 82, 168 ff.; Boethke, Gruchot 72, 350; Hein,Grundriß 198 ff.; Levi 32.
9) RFH 17, 254; 18, 90; 19, 21.
10) §§ 903 ff. BGB.
11) Vgl. auch Hein, ArchTreuW 24, 454 ff.; ders. Grundriß 252 ff.
12) RFH 18, 19; Hein, ArchTreuW 24, 457.
13) Vgl. oben § 11.
14) Vgl. oben §§ 10, 30.
15) Blau JJ 82, 169 f.

der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse die Rechtsprechung immer mehr subjektiviert wird und für die Entscheidung der Rechtsfragen weniger rechtliche, als tatsächliche und gefühlsmäßige Erwägungen von Bedeutung sind [16]).

Im einzelnen sind im allgemeinen Steuerrecht der Reichsabgabenordnung für das Treuhandrecht hauptsächlich nachstehende Fragen von Bedeutung:

Die Auskunftspflicht der Treuhandgesellschaften [17]), die Frage der Liquidation von Gebühren bei der Vertretung von Steuerpflichtigen durch Treuhänder [18]) und die Möglichkeit, gemäß § 88 RAO als Steuerberater tätig zu sein. Im Steuerermittlungs- und Festsetzungsverfahren haben Treuhänder gemäß § 166 RAO Rechte oder Wertsachen, die sie als Treuhänder besitzen, auf Verlangen nachzuweisen, wem sie gehören, weil sie ihnen sonst zuzurechnen sind. Das Finanzamt kann auch gemäß § 190 RAO öffentlich zur Anzeige auffordern, deren Unterlassen gemäß § 372 RAO strafbar macht.

Im materiellen Steuerrecht besteht keine einheitliche Auffassung des Treuhandbegriffs, der einmal formell-juristisch [19]), das andere Mal wirtschaftlich ausgelegt wird [20]).

Von überragender Bedeutung ist hier das Recht der Grunderwerbsteuer. Dieses Recht begreift alle diejenigen grundbuchrechtlichen Transaktionen, welche sich auf den Erwerb des Eigentums beziehen. Häufig bedient man sich dazu eines Treuhänders, wenn z. B. die Eintragung aller Beteiligten zu umständlich oder die Eintragung des wahren Berechtigten den Erwerb zu sehr verteuern würde [21]). Nach § 1 GEStG ist der Eigentumsübergang an inländischen Grundstücken schlechthin steuerpflichtig. Abweichend von der Betrachtungsweise des § 4 RAO hat der Reichsfinanzhof in ständiger Rechtsprechung den Grundsatz entwickelt, daß für das Recht der Grunderwerbsteuer die Treuhand wie gewöhnliches Eigentum zu behandeln sei [22]). Mithin ist der Treuhänder steuerpflichtig [23]). Wechselt die Person des Treugebers dagegen, so entsteht keine Steuerpflicht, da nur einer steuerpflichtiger Eigentümer sein kann [24]).

Nach dem Kapitalverkehrssteuergesetz ist Steuergegenstand die Errichtung von Erwerbsgesellschaften und die Erhöhung des Kapitals dieser Gesellschaften. Hat jemand z. B. durch zwei Treuhänder eine G. m. b. H. in der Weise errichtet, daß alle Geschäfte der Ge-

16) Hein, Grundriß 198 ff.
17) §§ 173, 177, 197 ff., 207 ff. RAO.; RFH 13, 187 ff.
18) § 288 RAO; vgl. Hein, Grundriß 202 ff.; das Vertretungsrecht des Treuhänders scheint aber infolge der Schaffung vereidigter Bücherrevisoren (vgl. oben § 16) und im Hinblick auf den Ausbau der Abteilung für Buch- und Betriebsprüfung im Reichsfinanzministerium ohne Zukunft.
19) So im Grunderwerb-, Kapitalverkehr- und Wertzuwachssteuergesetz.
20) So im Vermögen-, Einkommen- und Umsatzsteuergesetz.
21) Vgl. oben § 16.
22) RFH 8, 91.
23) Boethke-Bergschmidt 27.
24) Hein, Grundriß 234; Levi 32 f.

sellschaft auf seine, des Treugebers, Rechnung gehen, trägt er also vollen Gewinn und Verlust, so hat der Reichsfinanzhof entschieden, daß den Treugeber für die Zahlungen an die Gesellschaft nach §§ 6 b oder c KVStG keine Steuerpflicht trifft [25]).

Im Recht der Wertzuwachssteuer hat das Oberverwaltungsgericht den Grundsatz aufgestellt, daß sich die Steuerpflicht an den rein juristischen formalrechtlichen Eigentumswechsel knüpfe [26]). Diese Ansicht hat in der Praxis zur Folge, daß der Treugeber die Steuer in der Regel zweimal zahlen muß. Hat der Treugeber sein Grundstück auf den Treuhänder übertragen, so wird er veranlagt und hat bei der Rückübertragung den Treuhänder zu entschädigen, der seinerseits veranlagt worden ist.

Im Recht der Vermögen-, Einkommen- und Umsatzsteuer ist die wirtschaftliche Betrachtungsweise der Treuhand gemäß § 4 RAO maßgebend. Danach wird die Steuer nicht bei dem Treuhänder, sondern bei dem Treugeber erhoben [27]).

Sechster Abschnitt.

§ 34. Abgrenzung.

Am Ende dieses Hauptteils haben wir uns mit der Aufgabe zu befassen, wie mittelbare Stellvertretung und Treuhand gegeneinander abgegrenzt werden können. Die Übereinstimmung beider Institute liegt in der Hauptsache darin, daß sowohl mittelbarer Stellvertreter wie Treuhänder im eigenen Namen für fremde Rechnung tätig sind [1]) und daß scharf Innen- und Außenverhältnis von einander getrennt werden. Wenn nun Cosack [2]) mittelbare Stellvertretung und Treuhand gleichsetzt, so ist das abzulehnen.

Schon im Innenverhältnis ergeben sich Unterschiede. Das der Treuhand zugrundeliegende Geschäft stellt sich als ein besonders geartetes Treueverhältnis dar [3]). Ferner muß man bedenken, daß der Treuhänder voll berechtigter Eigentümer [4]) und Rechtsnachfolger des Treugebers ist [5]); er leitet sein Recht aus einer Übertragung ab und besitzt es nicht nur kraft Auftrags, sodaß die Rechte an dem Gegen-

25) Hein, Grundriß 214; vgl. auch Levi 34, RFH 18, 90 (Uebertragung von Aktien vom Treugeber auf Treuhänder) und 24, 47 (Erwerb eines Grundstücks für die Muttergesellschaft durch die Tochtergesellschaft unter Befreiung von den Kosten der Verwaltung ist nicht gesellschaftssteuerpflichtig).

26) OVG in PVerwBl 47, 301; OVGE 80, 80; a. M. der Reichsfinanzhof, der richtiger Weise bezüglich des Gesamtgebietes der Vermögenssteuer, zu der auch die Wertzuwachssteuer gehört, die Treuhand wirtschaftlich betrachtet; vgl. ferner Hein, ArchTreuW 24, 454; Lion 69.

27) RFH 19, 21; Hein, Grundriß 226 f.; Levi 33 f.; Pissel-Koppe 379.

1) Vgl. oben §§ 7, 11.

2) § 110.

3) Vgl. oben § 24.

4) Vgl. oben § 11.

5) Vgl. oben § 27.

stande nicht mehr dem Auftraggeber, sondern ihm zustehen [6]). Anders liegt es bei der mittelbaren Stellvertretung zu Verkaufszwecken. Bei dem Verkaufsauftrag oder der Verkaufskommission wird dem mittelbaren Stellvertreter die Sache nur übergeben, nicht übereignet, damit er über diese als fremde im eigenen Namen verfügt.

Auch bezüglich der Verwaltungstreuhand und der mittelbaren Stellvertretung zu Einkaufszwecken ergeben sich grundlegende Unterschiede [7]). Wir halten es für unrichtig und gefährlich, wollte man diese einander gleichsetzen, also jeden Einkaufskommissionär z. B. als Treuhänder bezeichnen. Freilich kann sich der Treuhänder beim Erwerbe von Sachen als mittelbarer Stellvertreter betätigen, z. B. wenn er Ersatzstücke für veräußerte Treugutgegenstände anschafft, umgekehrt aber ist der mittelbare Stellvertreter, der für seinen Geschäftsherrn einkauft, niemals Treuhänder, da ihm keine Treumacht eingeräumt ist, d. h. da sich das Rechtsverhältnis zwischen seinem Auftraggeber und ihm nicht auf ein besonderes Treueverhältnis gründet.

Notwendig ist mit der mittelbaren Stellvertretung der Gedanke verknüpft, daß der mittelbare Stellvertreter ein Rechtsgeschäft [8]) vornimmt. Zum Begriffe des Treuhänders gehört es nicht, daß er einem Dritten gegenüber tätig wird [9]). Daraus ergibt sich der fundamentale Unterschied im Wesen der beiden Institute. Die Treuhand stellt einen Zustand dar, die mittelbare Stellvertretung eine Bewegung oder wie E. Cohn [10]) sich ausdrückt, die Treuhand bedeutet ein Haben und Sein, die mittelbare Stellvertretung ein Handeln und Werden.

Dritter Teil

MITTELBARE STELLVERTRETUNG UND TREUHAND IM AUSSERDEUTSCHEN RECHT.

§ 35. Das schweizerische Recht.

Wie im deutschen Recht ist im schweizerischen Recht die mittelbare Stellvertretung nicht geregelt. Wenn nicht im fremden Namen abgeschlossen wird, treffen die Wirkungen des Geschäftes den Kontrahenten selbst und müssen, wenn sie für einen anderen wirksam werden sollen, erst abgetreten werden [1]).

Eine wichtige Einschränkung erfährt aber dieser Grundsatz ge-

---

6) Bartsch, Rechtsprechung 13, 219 Bemerk. zu § 334.
7) Falsch Schöny, ArchbürgR 35, 332.
8) Vgl. oben § 4 Anm. 1.
9) Riezler JW 1928 S. 1653 f. N. 1.
10) 32.
1) Art. 32 OR; Pestalozzi 38; E. Cohn 250; Fick 83 f.; Oser Vorb. 5 zu Art. 32—40; v. Tuhr, Obligationenrecht 283.

mäß Art. 401 OR, wonach durch den Beauftragten für Rechnung des Auftraggebers, aber im eigenen Namen erworbene Forderungen gegen die Geschäftsgegner in dem Augenblicke auf die Auftraggeber übergehen, in welchem dieser allen Verbindlichkeiten aus dem Auftragsverhältnis nachgekommen ist. Das gleiche gilt im Konkurse des Beauftragten, wo der Auftraggeber die von diesem erworbenen Gegenstände herausverlangen kann [2]). Zu dem Geltungsbereich dieser Bestimmung gehört ferner das Kommissionsgeschäft [3]), sowie die unentgeltlichen Dienstleistungen [4]). Vor allem ergeben sich durch Art. 401 OR insofern bedeutende Unterschiede zum deutschen Recht, indem der Kreis der Geschäfte, die im Wege der unmittelbaren Stellvertretung abgeschlossen werden können, praktisch erweitert worden ist [5]).

Wir haben also beim OR die Erscheinung, daß, sofern die Voraussetzungen der mittelbaren Stellvertretung vorliegen, nämlich Abschluß im eigenen Namen für fremde Rechnung und Grundgeschäft, eigenartige Wirkungen, d. h. direkte Beziehungen zwischen Personen, die nicht miteinander kontrahiert haben, eintreten [6]).

Was das Treuhandwesen im schweizerischen Recht angeht, so ergibt sich im wesentlichen eine Übereinstimmung mit dem deutschen Recht. Von besonderer Bedeutung sind auch hier die Vorschriften der Art. 401, 425 II OR, wodurch wenigstens bei den den handelsrechtlichen Bestimmungen unterliegenden Treuhandgeschäften eine dingliche Sicherung erreicht wird [7]).

Für einzelne fiduziarische Geschäfte ergeben sich aber nicht unwesentliche Abweichungen von dem deutschen Recht. So kann mit Ausnahme der Viehverpfändung, die ohne Übergabe durch Eintragung in ein öffentliches Buch vorgenommen wird [8]), bewegliches Gut nur durch Übertragung des Besitzes an den Pfandgläubiger übertragen werden, sodaß alle Sicherungsgeschäfte ohne Besitzaufgabe des Schuldners eine nichtige Umgehung des Faustpfandprinzips darstellen [9]).

Ein dem sog. Treuhänder des § 1189 BGB [10]) entsprechenden Fall hat das schweizerische Zivilgesetzbuch in dem Pfandhalter [11]) eingeführt [12]).

---

2) E. Cohn 250; Fick, Art. 401; Gmür § 401 I; Pestalozzi 88 ff.
3) Art. 425 II OR.
4) Art. 394 III OR.
5) E. Cohn 250.
6) Pestalozzi 92.
7) Grünschild 23; Klausing, Rechtsgeschäfte 398; Wieland, Art. 860 3b.
8) Art. 885 ZGB.
9) Grünschild 24; Klausing, Rechtsgeschäfte 404; Töndury 55; Wieland, Art. 884, 5 f.; vgl. über die einzige Möglichkeit einer wirksamen Sicherungsübereignung Töndury 58 ff.; Wieland, Art. 884.
10) Vgl. oben § 18.
11) Vgl. hierüber Gmür, Art. 860; Wieland, Art. 860.
12) Art. 860 ZGB.

§ 36. Die romanischen Rechte.

Die Behandlung der mittelbaren Stellvertretung läßt sich in den romanischen Rechten nicht auf einen einheitlichen Nenner bringen. Der Code Civil kennt den Begriff der Stellvertretung überhaupt nicht und beschränkt sich auf eine Behandlung des Innenverhältnisses zwischen Auftraggeber und Beauftragten [1]). So sind die Vorschriften über Wirkungen gegen Dritte mit den Mandatsbestimmungen und auch die Rechtsfolgen über Auftragsüberschreitungen zwischen Dritten und Vertretenen mit diesen Vorschriften verschmolzen [2]).

Inzwischen hat aber die Lehre zwischen Außen- und Innenverhältnis unterschieden und neben dem mandat die représentation eingeführt [3]), als deren Kennzeichen regelmäßig der Umstand bezeichnet wird, daß sie im Namen des Vertretenen vorgenommen werden muß [4]).

Verbirgt der représant dem Gegner seine Eigenschaft als solcher, handelt er also im eigenen Namen für fremde Rechnung, so heißt er prête-nom [5]), der unserem mittelbaren Stellvertreter entspricht. Zu diesem gehört auch der Kommissionär, der durch Handeln en son propre nom allein berechtigt und verpflichtet wird [6]).

Eine Schutzbestimmung des Kommittenten wie im deutschen Recht [7]) kennt das französische Recht nicht [8]); nur wenn der Kommissionär au nom du commettant handelt, treten direkte Beziehungen zwischen dem Dritten und dem Kommittenten ein [9]).

In diesem Zusammenhang gehört auch das österreichische Recht, das stark von dem romanischen Recht beeinflußt ist. So enthält es ebenfalls den Grundsatz der Gleichsetzung von Bevollmächtigung und Auftrag [10]). Im Gegensatze aber zu dem französischen Recht hat das Gesetz die indirekte Stellvertretung ausdrücklich geregelt, indem § 1017 III AGBG davon spricht, daß die dem Gewalthaber erteilte geheime Vollmacht auf die Rechte des Dritten keinen Einfluß ausübt. Die Bezeichnung „geheime Vollmacht" ist aber schief, da eine Vollmacht sich nur auf das äußere Verhalten des Stellvertreters beziehen kann, eine geheime Vollmacht keine darstellt [11]).

---

1) Colin-Capitant 88 ff.; Planiol-Ripert Nr. 2231 ff.; Zachariae-Crome 680 ff.

2) Art. 1998 c. civ.

3) Colin-Capitant 89 ff.; Planiol-Ripert Nr. 751 ff.

4) Hinsichtlich der Wirkungen stimmt das französische und deutsche Recht überein.

5) Planiol-Ripert Nr. 2265 ff.

6) Art. 94 I c. de comm.

7) § 392 II HGB; vgl. auch oben § 22 am Ende.

8) Es besteht nur die Möglichkeit der action oblique des Art. 1166 c. civ.

9) Art. 94 II, auch 575 II c. de comm.; vgl. auch E. Cohn 277 ff.; Lyon-Caen Nr. 470 ff.

10) Vgl. §§ 1002 ff. ABGB; Ehrenzweig 554; Krasnopolski 351; Svoboda, öZBL 49, 725 ff.; v. Stubenrauch 219 III.

11) E. Cohn 266 f.; Ehrenzweig § 110 II; Mayr 262; a. M. Svoboda öZBL 49, 817.

Eine Schutzbestimmung wie das deutsche Kommissionsrecht hat das AGBG in § 368 II eingeführt, die der deutschen Regelung genau entspricht.

Wie im französischen Schrifttum hat auch die österreichische Doktrin eine scharfe Trennung zwischen Außen- und Innenverhältnis bis in das Einzelne durchgeführt. Darüber hinaus fordert die h. M. neben Auftrag und Vollmacht eine besondere Ermächtigung, welche im Innenverhältnis den Vertreter zur Vornahme der Vertretungshandlung berechtigt [12]). Diese Ermächtigung ist überflüssig, da schon der Auftrag die geforderte Funktion erfüllt [13]).

Im spanischen Recht, in dem der Grundsatz gilt, „Verträge haben nur zwischen den Parteien Wirkung" [14]), treten direkte Beziehungen zwischen dem Mandanten und dem Dritten bei mittelbarer Stellvertretung nicht ein [15]). Das gleiche gilt für den im eigenen Namen handelnden Kommissionär [16]).

Das italienische Recht setzt sich, obwohl es zu den Tochterrechten des Code Civil gehört, insofern in Gegensatz zu diesem, als es bewußt Vertretung und Mandat trennt [17]). Die mittelbare Stellvertretung findet im Gesetz ausdrückliche Regelung: „Quando il mandatario agisce in suo nome, il mandante non ha azione contro coloro coi quali il mandatario ha contrattato, nè i medesimi l'Hanno contro il mandante" [18]). Danach wird allein der mittelbare Stellvertreter berechtigt und verpflichtet [19]).

Im Handelsrecht gibt Art. 381 Codice di Commercio die Regelung des Art. 1744 Codice Civile wieder, lehnt also einen Anspruch des Kommittenten gegen den Dritten ab, wenn der Kommissionär das Geschäft im eigenen Namen abgeschlossen hat. Hat er im Namen des Kommittenten kontrahiert, so finden die Mandatsvorschriften Anwendung [20]). Er hat nur die azione indiretta des Art. 1234 Code Civile, der dem Art. 1166 Code Civil entspricht, wonach jeder mittelbar Vertretene, also auch der Kommittent alle Rechte und Ansprüche des Schuldners gegenüber dem Drittschuldner ausüben kann, es sei denn, daß es sich um persönliche Ansprüche handelt [21]).

Was die Treuhand im romanischen Rechtskreise anbetrifft, so sieht man sie in der Lehre als simuliertes Geschäft an. Das fiduziarische Rechtsgeschäft führt demzufolge vorläufig nur ein geduldetes und bescheidenes Dasein. Die Verwaltungstreuhänderschaft vor allem ist längst nicht so ausgebildet wie im anglo-amerikanischen

12) Krasnopolski 351 Anm. 6; v. Stubenrauch § 1018.
13) E. Cohn 266.
14) Art. 1257 I, Codigo Civil.
15) Art. 1717 Codigo Civil.
16) Art. 246 Codigo de Commercio; ebenso Codigo Commercial do Portugal Art. 266, 268, Codigo Commercial do Brazil Art. 165 f.; Manzano 192.
17) E. Cohn 292.
18) Art. 1744 codice civ. it.
19) Coviello 399.
20) Navarrini III S. 39 Nr. 818, 915.
21) Vgl. oben Anm. 8; Bolaffio-Vivante VI, 1 S. 320 Anm. 2.

Recht. So hält man die Treuhand für eine mögliche, nicht schlechthin verbotene Geschäftsform, wobei aber die Treuabrede nur in dem Bereiche obligatorischer Wirksamkeit bleibt [22]). Hauptsächlich hat man Verwaltungstreuhänder als Liquidatoren, Sequester, die ihre Tätigkeit aber mehr auf öffentlichrechtliche Befugnisse gründen. Dingliche Sicherungen des Treugebers sind direkt nicht vorhanden und lassen sich nur auf Umwegen erreichen, etwa durch Hinzufügung von Rückfallbedingungen und Rückfallrechten, die aber immer das fiduziarische Rechtsgeschäft dem Simulationseinwand aussetzen.

Die Stelle des Treuhänders nimmt im französischen Recht der prête-nom [23]) ein, der im Gegensatze zu dem gewöhnlichen mandataire dem Dritten persönlich verpflichtet wird [24]). Regelmäßig legen die Parteien die Treuvereinbarung in einer contre-lettre nieder, die grundsätzlich als geheime Vereinbarung nicht gegen Dritte wirkt [25]). Diese dürfen sich aber zu ihren Gunsten auf den Inhalt der contre-lettre berufen [26]).

Für das österreichische Recht [27]) und Lehre [28]) sind die fiduziarischen Rechtsgeschäfte gültig, wenngleich auch hauptsächlich die römisch-rechtliche Auffassung vertreten wird.

Italienisches und französisches Recht schützen den Treugeber insofern, als er fremde Rechte, nämlich des Mittelmannes, geltendmachen kann auf Grund der Tatsache, daß er Schuldner des Klageberechtigten ist [29]).

Bezüglich der Sicherungstreuhand erkennt man in den romanischen Rechten die gänzlich publizitätslose Sicherungsübereignung rechtswirksam nur inter partes an. Die Sicherungsübertragungen werden regelmäßig in der Form des Sicherungsverkaufs vorgenommen, mit dem häufig Rückkaufsrechte verbunden sind, durch die dem Schuldner [30]) der unmittelbare Besitz bleibt. Die dafür nötigen Begleitgeschäfte gleichen den bei uns bei der Sicherungsübereignung getätigten. Nach romanischer Rechtsauffassung liegt nur dann kein Scheincharakter des Sicherungsverkaufes vor, wenn der Verkäufer dem Gläubiger den Besitz überlassen hatte; wurde verkauft ohne Besitzwechsel auf Grund eines Verwahrungs- oder Mietvertrages mit kleinem Mietzins und bedingtem Rückkauf, so wird dieses Geschäft als simuliert angesehen. Neben dem Faustpfand hielt sich aber also dieser Sicherungsverkauf mit Tradition an den Käufer.

---

22) Grünschild 22; Klausing, Rechtsgeschäfte 386.
23) Vgl. oben in diesem Paragraphen.
24) Bei fraudulösem Vorschieben eines prête-nom hat der Dritte einen unmittelbaren Bereicherungsanspruch gegen den Fiduzianten.
25) Art. 1321 c. civ.
26) Klausing, Rechtsgeschäfte 388.
27) Vgl. §§ 10 III, 132 IV öKO bezüglich der Sicherungstreuhand.
28) Vgl. Ehrenzweig I, 2, 208 ff.; Mayr I 210.
29) Vgl. Art. 1166 c. civ.; Art. 1234 codice çiv. it.; Klausing, Rechtsgeschäfte 388; ferner oben Anm. 8, 21.
30) dem Verkäufer.

In Österreich erkannte der oberste Gerichtshof auf Grund des § 10 öKO die Sicherungsübereignung an [31]), änderte später dann seine Ansicht und erklärte sie ohne Besitzübertragung für ungültig [32]). Das Gesetz erkennt nun die Sicherungsgeschäfte an [33]), sofern sie nicht gleichzeitig eine Gesetzesumgehung darstellen; infolgedessen ist eine Sicherungsübereignung ohne Besitzverlust nicht möglich [34]).

Da der Verkehr nach einer traditionslosen Sicherung strebte, machte man Konzessionen, indem man andere Publizitätsformen duldete [35]) und die Mobiliarhypothek einführte. So schuf man Schiffshypotheken mit Registerzwang, ferner ein landwirtschaftliches Registerpfand für die Erzeugnisse der Landwirtschaft und Produkte der Nebenbetriebe, registermäßige Verpfändung des fonds de commerce und in Italien neuerdings ein Registerpfandrecht an Kraftfahrzeugen [36]). Österreich kennt noch eine symbolische Übergabe, z. B. Pfandzettel an Maschinen [37]).

Bezüglich der Sicherungsabtretung besteht in den romanischen Rechten der Grundsatz, daß nur die denuntiatio die volle Wirkung der Abtretung gegenüber dem Dritten erzeugt. Für Österreich haben die §§ 10 III, 132 IV öKO die Sicherungsabtretung sanktioniert [38]).

§ 37. Die osteuropäischen Rechte.

Das Recht des kaiserlichen Rußland enthielt über die mittelbare Stellvertretung keine Rechtssätze. Es begnügte sich mit weitschweifigen Vorschriften[1]), welche juristischen Personen und in welchen Angelegenheiten diese Vollmacht erteilen können. Trotzdem haben die Gerichte den sog. Vollmachtsvertrag (Auftragserteilung) und das Kommissionsgeschäft, das Urbild der mittelbaren Stellvertretung, anerkannt [2]). Das letztere wurde analog dem deutschen Recht in dem Gesetze über den kaufmännischen Kommissionsvertrag vom 21. April 1910 geregelt und enthielt in Art. 54 eine dem deutschen § 392 II HGB entsprechende Schutzbestimmung des Kommittenten.

Das Recht Sowjetrußlands gleicht in seinen Grundsätzen über die Vertretung [3]) dem romanischen, insbesondere französischen Recht. Auch in Sowjetrußland hat man eine Trennung von Vollmacht

---

31) Vgl. Ehrenzweig 209.
32) öOG IX Nr. 237, X Nr. 27.
33) § 10 öKO.
34) Ehrenzweig 210; Klausing, Rechtsgeschäfte 403.
35) Vgl. Klausing, Rechtsgeschäfte 388 f.
36) Ges. vom 25. V.—28. X. 1927.
37) § 452 AGBG; Ehrenzweig 444.
38) Klausing, Rechtsgeschäfte 389, 403.
1) Art. 2291 ff. des Russischen Zivilgesetzbuches.
2) Klibanski 432 f.
3) Freund 32.

und Auftrag nicht durchgeführt [4]). Bezüglich des Handelsrechtes fehlt eine vollständige Regelung; nach dem Vorbilde des Schweizer Obligationenrechtes wurde nur das Recht der Handelsgesellschaften in das RHGB aufgenommen. Kommissionsgeschäfte können von Inländern als Gewerbe ausschließlich die in einem vorgeschriebenen Verfahren registrierten Kommissionsunternehmen ausführen [5]). Ausländer werden für kommissionsweise Handelsführung nach freiem Ermessen des Außenhandelskommissariats zugelassen, wobei die Entscheidung nicht Rechts- sondern Zweckmäßigkeitsfragen beeinflussen [6]).

Für Litauen gilt im großen Umfang das frühere russische Recht. Lettland und Estland, wo teilweise auch lokales und germanisch-deutsches Sonderrecht Geltung hat, haben die Stellvertretung in zwei Artikeln [7]) ausdrücklich geregelt mit der besonderen Bestimmung, daß der Vertretene für das, was der mittelbare Stellvertreter erhalten und zu seinem Nutzen verwendet hat, unmittelbar dem anderen Kontrahenten verpflichtet wird [8]). In Polen finden teils russische, deutsche oder österreichische Rechtssätze Anwendung, in Kongreßpolen gilt vornehmlich französisches Recht.

Bezüglich der Verwaltungstreuhand enthält das Recht der Oststaaten keine Regelung. Teilweise hilft man sich mit den Vertretungsbestimmungen oder wendet anglo-amerikanische Grundsätze an [9]).

Das frühere russische Recht kannte bereits die Sicherungstreuhand. Die Sicherungsübereignung konnte aber neben der Mobiliarhypothek keine große Bedeutung erlangen, weil das Bürgerliche Gesetzbuch des kaiserlichen Rußland eine Verpfändung ohne Besitzübergabe durch Anbringung bloßer Pfandzeichen oder durch Verschluß oder Siegel des Gläubigers zuließ [10]). Die Rechtsprechung ging sogar soweit, daß sie erlaubte, von der erleichterten Publizitätsform auch dann abzusehen, wenn eine solche wohl möglich gewesen wäre. Damit kam man im Ergebnis zu einer bloßen vertraglichen Verpfändung von Mobilien [11]). Auch Warenlager konnten in dieser Weise verpfändet werden, wobei die Ersatzstücke an die Stelle der veräußerten Gegenstände traten. Der Gläubiger hatte also die Möglichkeit, eine traditionslose Sicherung sowohl durch Sicherungsübereignung wie durch Pfandrecht zu erreichen. Die Gefahr, die den Gläubiger durch Zwischenverfügungen des Schuldners traf, liegt auf der Hand.

4) Vgl. §§ 39 ff.; 251 ff. RBGB.
5) § 1 des Reglements über das Verfahren der Gründung und Registrierung von Kommissionsunternehmungen vom 2. I. 1923.
6) Goldstein-Rapport 11.
7) Art. 3111—12 BGB.
8) Art. 3112 BGB; vgl. auch Art. 3111—12 des Liv-, Est- und Kurländischen Privatrechtes von 1890.
9) Vgl. unten §§ 39, 40.
10) Klibanski III 109 ff.
11) Die allerdings nur im Handelsrecht galt. Vgl. für das römische Recht die hypotheka, L 5 § 1 D 20, 1; Gaius IV 147; s. ferner Klausing Rechtsgeschäfte 394.

Bezüglich der Sicherungsabtretung verlangte man wie in den romanischen Rechten [12]) zur vollen Wirksamkeit dem Drittschuldner gegenüber eine Bekanntgabe durch schriftliche Anzeige oder Vorlegung der Abtretungsurkunde [13]).

Das sowjetrussische Recht hat an den bestehenden Pfandrechtsgrundsätzen keine Änderung vorgenommen [14]). Zwecks Leitung der staatlichen Industrieunternehmungen hat man Trusts [15]) geschaffen, die zwar Verwalter fremden Vermögens (des staatlichen) darstellen, aber als Institute des öffentlichen Rechts anzusehen sind [16]).

In Lettland und Estland entsprechen die Sicherungspfandvorschriften den russischen [17]), doch besteht Neigung, bei der Sicherungsübereignung ein simuliertes oder fraudulöses Geschäft anzunehmen [18]), während Litauen an dem bestehenden Zustande festhält.

Bezüglich Polens, das noch keine Rechtseinheit besitzt, gelten für das Herrschaftsgebiet des deutschen Rechts die für die deutschen Sicherungsgeschäfte gültigen Grundsätze [19]). Die Entwicklung strebt anscheinend nach einer Mobiliarhypothek, wie man sie bezüglich der Verpfändung von Handelsvermögen nach dem Dekret vom 7. Febr. 1919, sowie durch ein landwirtschaftliches Registerpfand [20]) eingeführt hat [21]).

§ 38. Die nordischen Rechte.

Die nordischen Rechte haben die mittelbare Stellvertretung in den Gesetzen vom 18. April 1914 für Schweden, vom 30. Juni 1916 für Norwegen und vom 8. Mai 1917 für Dänemark über „Kommission, Handelsagenten und Handlungsreisende" geregelt, wobei unter dem Kommissionär ein mittelbarer Stellvertreter im allgemeinen [1]), nicht nur der kaufmännische Kommissionär verstanden wird, sondern alle Personen, die den Einkauf oder Verkauf von Waren, Wertpapieren oder anderen beweglichen Sachen für fremde Rechnung, aber in eigenem Namen übernehmen [2]). Die Regelung gleicht im übrigen der deutschen mit dem Unterschiede, daß bei der Einkaufskommission der Kommittent Eigentümer des durch den Kommissionär im Rahmen seines Auftrages erworbenen Gutes wird. Eine ausdrückliche Regelung im Sinne des § 392 II HGB fehlt.

---

12) Vgl. oben § 36.
13) Klausing, Rechtsgeschäfte 395.
14) Marklezow-Sadawsky 277.
15) Häusler 5; Marklezow-Timaschew 175 ff.
16) Klausing, Rechtsgeschäfte 395.
17) Vgl Art. 1388 f. des Liv-, Est- und Kurländischen Privatrechtes von 1890, ferner Art. 1388 f. des Lettländischen BGB.
18) Klausing, Rechtsgeschäfte 394 f.
19) Vgl. oben § 15.
20) Ges. vom 22. März 1928.
21) Klausing Rechtsgeschäfte 395.
1) Eberstein 25.
2) Das dänische Recht verstand früher unter Kommission auch Fälle direkter Stellvertretung; Hage 283.

Schweden vertritt den Standpunkt, daß erst besonders abgetreten werden mußte, während Dänemark und Norwegen eine Separationsbefugnis des Kommittenten bezüglich von Forderungsrechten im Konkurse des Kommissionärs annehmen wollen. Nach dem Gesetz hat der Kommittent nur die Möglichkeit, durch einseitige Erklärung an den Kommissionär oder dessen Konkursverwalter ein Recht zur Ausübung der Forderungen gegen den Dritten zu erwerben. Für die Handelskommission wird hierbei vorausgesetzt, daß der Dritte nicht rechtzeitig erfüllt oder der Kommissionär unredlich gehandelt, nicht Rechnung gelegt oder Konkurs gemacht hat.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß die nordischen Rechte dem Gedanken eines unmittelbaren Durchgangerwerbes durch den mittelbaren Stellvertreter Rechnung tragen, aber nicht ganz so weit gehen wie das anglo-amerikanische Recht [3]), daß unmittelbare Rechtswirkungen zwischen Vertretenen und Dritten eintreten läßt [4]).

Was die Verwaltungstreuhand angeht, so besteht sie ebenso wie in unserem Recht. Auf Grund der gesetzlichen Regelung der mittelbaren Stellvertretung und ihrer Ausgestaltung mit unmittelbaren Beziehungen zwischen Vertretenen und Dritten ermöglicht das nordische Recht gewisse Erleichterungen bezüglich der Sicherung des Treugebers.

Die Sicherungstreuhand hat im nordischen Recht von jeher eine beträchtliche Rolle gespielt. Besonders bezüglich der Sicherungsübereignung haben die nordischen Staaten Vorbilder durch verschiedene Gesetze geschaffen, in denen alle möglichen Kundgebungsformen auf ihre Brauchbarkeit geprüft worden sind.

Man vertritt den Standpunkt, daß, wenn auch die Mobiliarhypothek keine ideale Lösung darstellt, sie doch von zwei Übeln das kleinere ist. So wird eine Sicherungsübereignung von Mobilien durch constitutum possessorium, eine Sicherungsabtretung ohne denuntiatio sowie die Übereignung von Warenlagern mit wechselndem Bestande für unzulässig erklärt. Eine Sicherungsübereignung ist dann nur zulässig, wenn sie Gegenstände des gegenwärtigen Vermögens ergreift und die geforderte Publizitätsform [5]) eingehalten wird.

Schweden verlangt z. B. für einen gültigen Sicherungsverkauf [6]) von Mobilien ohne Tradition, daß der Begründungsvertrag in der Kirche vorgelesen und protokolliert wird [7]). Ferner hat man ein Registerpfandrecht an geerntetem Getreide eingeführt [8]).

Verwandt mit der schwedischen Regelung ist das Recht Finnlands. Neuerdings hat man dort eine Verpfändung von Luftschiffen mittels Registrierung zugelassen [9]).

---

3) Vgl. unten §§ 39, 40.
4) Vgl. Klausing, Rechtsgeschäfte 391 f.
5) Wie Registrierung, Beurkundung.
6) Vgl. darüber oben § 36.
7) Verordnungen vom 9. Mai 1835 und 20. November 1845 (lösöreköpsförordning) und Ges. vom 14. Juni 1907.
8) Gesetze vom 20. Juni 1924 und 16. April 1926.
9) Luftfahrtgesetz vom 15. Juni 1928.

Die lange rechtliche und politische Gemeinschaft zwischen Schweden und Norwegen hat dazu geführt, daß wir dort dem schwedischen Rechtszustande ähnliche Verhältnisse vorfinden. So haben wir in Norwegen eine besitzlose Verpfändung von Produkten, Maschinen und sonstigen Inventars von Berg-, Hütten- und Hammerwerken sowie der Erzeugnisse der übrigen Industrieunternehmungen, sofern Beurkundung und Registrierung stattgefunden hat [10]).

In Dänemark hingegen ließ man längere Zeit besitzlose Verpfändungen aller Art ohne Kenntlichmachung zu, verbot sie aber später [11]). Wurde ein Schriftstück aufgesetzt, das mit genauer Datumsangabe von dem Schuldner und zwei Zeugen unterzeichnet wurde, so konnte ein traditionsloses „Unterpfand" bestellt werden. In neuester Zeit hat man die Materie der Kundbarmachung der Übertragung von Mobilien und Immobilien im „Tinglysningslov" 111 [12]) zusammenfassend geregelt. Man kann danach das gegenwärtige Mobiliarvermögen ohne Aufgabe des Besitzes übertragen, wenn eine Verpfändungsurkunde aufgesetzt wird, die innerhalb von 7 Tagen in das Personenbuch [13]) eingetragen werden muß. Diese Urkunde behält 10 Jahre Gültigkeit und kann vor Fristablauf erneut angemeldet und verlängert werden [14]).

Bezüglich der Sicherungsabtretung stehen die nordischen Rechte auf dem Standpunkt, daß sie ohne Denuntiation keine Gültigkeit hat. Für Dänemark besteht die Besonderheit, daß die Abtretung entweder im Wege der Denuntiation oder durch Beobachtung der für Mobilien geltenden Vorschriften kundbar zu machen ist.

§ 39. Das englische Recht.

Gänzlich verschieden von den kontinentalen Rechten hat sich das anglo-amerikanische Recht entwickelt. Auch dort kennt man die Möglichkeit, daß eine Person rechtswirksame Handlungen für eine andere Person vornimmt.

Dieses Rechtsinstitut heißt agency. Darunter hat man eine Rechtsbeziehung zweier Personen zu verstehen, die den agent ermächtigt, für den principal zu handeln [1]). Davon zu scheiden hat man den servant, d. h. den Angestellten, der unter den Anweisungen und der Kontrolle des Geschäftsherrn tätig ist, und den messenger, den bloßen Boten, der nur ein Werkzeug der Vermittlung darstellt [2]). Der Begriff des agent entspricht nicht etwa unserem Agenten, gleichgültig ob er mit einem Dritten im Namen des Vertretenen oder im eigenen

10) Vgl. Ges. vom 14. Juli 1842, 12. Oktober 1857, 8. Juni 1895.
11) Verordnung vom 28. Juli 1841 und KO vom 25. März 1872.
12) Gesetz vom 31. März 1926.
13) das ein Gegenstück zum Grundbuch darstellt.
14) Vgl. Klausing, Rechtsgeschäfte 392 ff.
1) Langenbach 11; Curti II 27; Jenks § 121; Schirrmeister I 623; Stephen 99 f.
2) Curti II 27 f.; Langenbach 11; Schirrmeister I 624.
3) Curti II 27; Klausing, Rechtsgeschäfte 379; Langenbach 11 f.; Schirrmeister I 623.

Namen kontrahiert [3]), darüber hinaus auch Beauftragter, Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft, Kommissionär [4]).

Daraus ergibt sich sofort ein grundlegender Unterschied zu den festländischen Rechten, die die Wirkungen einer Stellvertretung nur dann eintreten lassen, wenn der Stellvertreter im Namen des Vertretenen handelt und besondere Umstände wie Vollmacht, gesetzliche Vertretungsmacht oder Genehmigung vorliegen [5]). Für das englische Recht ist allein der letzte Umstand von Bedeutung, d. h. daß der agent authority hat, um mit Wirkung für den principal im Rechtsverkehr handeln zu können [6]). Die Engländer reihen ferner die mittelbare Stellvertretung in den Tatbestand der Vertretung ein, während jene in den kontinentalen Rechten keine rechtliche Verwandtschaft mit der unmittelbaren Stellvertretung aufweist oder nur ein rechtspolitisches Prinzip darstellt, dessen Durchführung streitig und nirgends vollständig geregelt ist [7]).

Die Verschiedenheit der Voraussetzung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Stellvertretung wirkt sich im englischen Recht dahin aus, daß bei der disclosed agency (unmittelbaren) bei Verträgen, die der agent im Namen des principal geschlossen hat, nur der principal haftet [8]). Für einen ausländischen principal gilt aber die Besonderheit, daß er prima facie weder berechtigt noch verpflichtet wird, weil eine Vermutung dafür spricht, daß er dem agent persönlich Kredit gegeben hat und dieser nicht ermächtigt war, ihn unmittelbar zu verpflichten [9]).

Bei undisclosed agency (mittelbarer) wird der agent, der im eigenen Namen den Vertrag abgeschlossen hat, persönlich berechtigt und verpflichtet. Aber auch der principal wird dem Dritten haftbar, wenn der agent im Rahmen seiner authority kontrahiert hat.

Man hat diese Regelung der mittelbaren Stellvertretung als vorbildlich gepriesen [10]), dabei aber die großen Schwierigkeiten übersehen, die in der Entscheidung liegen, ob zwischen dem principal und agent eine interne Ermächtigung besteht und welche Einreden aus dem Verhältnis zu dem agent der Dritte und der principal geltendmachen können [11]).

Besonders gut ausgebildet hat das englische Recht die Treuhand, trust genannt, welche nicht verwechselt werden darf mit der Bezeichnung „trust" als Vereinigung mehrerer wirtschaftlicher Unterneh-

4) Curti II 27; Langenbach 11 f.
5) E. Cohn 299; Curti II 42 ff.; Schirrmeister I 623.
6) E. Cohn 299; Langenbach 13 ff.; Jenks § 126; Schirrmeister I 645; Stephen 100 ff.
7) E. Cohn 300.
8) E. Cohn 301; Langenbach 34.
9) Jenks § 142e; Langenbach 34; Schirrmeister § 142e.
10) Müller-Erzbach, Stellvertretung 56 ff.
11) Langenbach 36; vgl. ferner Holmes 404: „I assume that common-sense is opposed to allowing a stranger to my overt acts and to my intentions, a man of whom I have never heard, to set up a contract against me which I had supposed I was making with my personal friend".
12) Brunner 101 f.; vgl. hierzu und zum Folgenden insbes. Tyrell.

mungen zu einem Kartell. Gegen die Auswüchse dieses Institutes, das zu riesigen Vereinigungen mit monopolistischer Tendenz führte, wandte sich die sog. Antitrustgesetzgebung [12]).

Der privatrechtliche trust besteht in einer sich nach equity [13]) regelnden Verpflichtung, wonach der Treuhänder, trustee, sich verpflichtet, Vermögensrechte, die er nach außen zu eigen empfangen hat, zum Vorteile bestimmter mitberechtigter Personen, der Treunehmer (beneficiaries oder cestuis que trusts) zu verwenden [14]).

Der trust entwickelte sich in England zu großer Bedeutung, vor allem die Zuziehung eines Vertrauensmannes zur Verwaltung und Verfügung über das Vermögen. Dies erklärt sich einmal aus der geschichtlichen Entwicklung [15]), zum andern aus der Anwendung der Grundsätze des trust auf viele Vertrauensgeschäfte. Z. B. ist die Bank Treuhänder des Kunden, der Mann der seiner Frau, der Anwalt der seines Klienten usw. [16]).

Der trust kann nun entstehen durch ausdrückliche Erklärung, express trust [17]). Beim Fehlen einer solchen spricht man von einem implied trust. Ferner unterscheidet man kraft gesetzlichen Tatbestandes entstehende trusts, wozu die resulting trusts, die zugunsten des Erwerbers entstehen, und die constructive trusts gehören, die von den Gerichten überall da vermutet werden, wo die Annahme eines trust zwecks billiger Regelung der Verhältnisse als geboten erscheint. Hat z. B. ein trustee persönliche, rechtswidrige Vorteile gezogen, so gilt er bezüglich dieser als constructive trustee gegenüber dem trustberechtigten Treunehmer [18]).

Hieraus erkennt man, daß der Gedanke einer fiducia zu Verwaltungszwecken fortentwickelt ist zu einem allgemeinen Rechtsprinzip des nach Billigkeitsgrundsätzen zu regelnden Fremdinteresses gegenüber dem Formalrecht des Rechtsinhabers [19]). Im übrigen kennt man noch eine große Zahl anderer trusts, z. B. simple und special trust, executed und completely trust usw.

Zur Errichtung des trust sind keine besonderen Formen nötig [20]). Wird eine Urkunde, was üblich ist, aufgesetzt, so ist der trust regelmäßig unanfechtbar [21]). Zum Nachweise eines trust mit Bezug auf

---

13) Billigkeitsrecht.

14) Jenks II § 1765: „A trust is an obligation to hold and administer or deal with property conscientiously for the benefit of a person or persons other than the person subject to the obligation"; Curti I 36; Kohlmann, Trusts 557; Brunner 69 ff.

15) Im Lehnsrecht waren Immobiliarzuwendungen an Erben nur durch Treuhänder zugunsten der Erben möglich; Brunner 11 ff.

16) Curti I 136.

17) Jenks II § 1768.

18) Brunner 45; Curti I 137 f.; Jenks II § 1772; Karplus 27 f.; Kohlmann, Trusts 558 f.

19) Curti I 142; Klausing, Rechtsgeschäfte 379.

20) Brunner 35 ff.; Strahan Art. 27; ausgenommen der in fraudem creditoris errichtete trust.

21) Karplus 25.

land oder in marriage articles muß ein Schriftstück vorhanden sein; der trust selbst kommt schon durch mündliche declaration zustande[22]).

Da es nun häufig, besonders bei kleinem Treuhändervermögen schwierig war, einen Treuhänder zu finden, so hat man den public trustee geschaffen, der Staatsbeamter ist und die Aufgabe hat, Treuhandvermögen zu verwalten; einen Antrag auf Bestellung darf er nicht ablehnen[23]).

Regelmäßig arbeitet der trustee unentgeltlich[24]), sofern nicht in der Bestellungsurkunde etwas anderes ausgemacht ist[25]). Dies erklärt sich daraus, daß die Engländer den trustee als ein Vertrauensamt ansehen. Weit mehr als in irgend einem Lande baut sich hier der Treuhandbegriff auf dem Vertrauen auf, das der Besteller dem Treuhänder entgegenbringt[26]). Da er das höchste Maß an gutem Glauben beweisen muß, seine Pflichten auf das Gewissenhafteste wahrzunehmen hat, so haftet er deshalb auch streng. Er hat für diejenige Sorgfalt einzustehen, die ein gewöhnlicher Geschäftsmann in seinen eigenen Angelegenheiten anwenden würde[27]). In der Hauptsache geht seine Aufgabe dahin, die von dem Treugeber gesetzten Bestimmungen auf das Genaueste einzuhalten. Nur bei Gesetzwidrigkeit oder Unausführbarkeit der Vorschriften und einiger anderer Fälle darf er abweichende Regelungen treffen[28]).

Charakteristisch ist für die englische Treuhand die Teilung der dinglichen Berechtigung an dem Treugute. Der trustee stellt den legal owner dar, der das Gut kraft eigenen Rechts mit eigenem Namen unter persönlicher Haftung gegenüber dem Dritten zugunsten des Treugebers verwaltet[29]). Die Stellung des Treugebers wird als bonitarische, auf equity gegründete ownership bezeichnet[30]).

Diese wird weitgehend gesichert, alles, was der trustee mit Mitteln des Treugutes erworben hat, wird wieder Treugut; das Surrogationsprinzip[31]) ist durchgeführt. Das Treugut und seine Surrogate können im Konkurse des trustee nicht von dessen Gläubigern in Anspruch genommen werden[32]). Hat der trustee das Treugut mit seinem Privatvermögen vermischt, so hat der Treugeber ein erstes Pfandrecht an dem gemischten Gut[33]). Gegenüber unredlichen Dritten besteht ein dingliches Verfolgungsrecht, auch gegen den gutgläubigen Erwerber, der das Treugut ohne Gegenleistung erworben

22) Curti I 138; Jenks II § 1768; Kohlmann, Trusts 569.
23) Brunner 50; Curti I 139; Jenks II § 1780; Kohlmann, Trusts 593; Strahan Art. 43.
24) Ausgenommen der public trustee und judicial trustee.
25) Brunner 95; Curti I 139; Jenks II § 1796; Karplus 26; Klausing, Rechtsgeschäfte 377.
26) Vgl. auch oben § 11; a. M. Brunner 33 f.
27) Curti I 139; Jenks II § 1781; Karplus 26; Kohlmann, Trusts 598.
28) Curti I 139 f.; Jenks II § 1781; Kohlmann, Trusts 598; Strahan Art. 45.
29) Curti II 40; Klausing, Rechtsgeschäfte 377; Kohlmann, Trusts 557.
30) Jenks II § 1765; Klausing, Rechtsgeschäfte 377; Kohlmann, Trusts 557.
31) Vgl. oben § 26.
32) Curti I 141; Klausing, Rechtsgeschäfte 377.
33) Klausing, Rechtsgeschäfte 377.

hat [34]). Daneben bestehen zivil- und strafrechtliche Bestimmungen, die dafür sorgen, daß der trustee sein Amt treuhandgemäß ausübt[35]).

Bezüglich der Sicherungsübereignung kannte das frühere englische Recht die Möglichkeit, durch suspensiv bedingten Verkauf von Mobilien ohne Besitzübergabe auf Grund einer Schuldurkunde [36]) dem Gläubiger eine Sicherheit zu verschaffen. Grundlegend waren die Bills of Sale Acts von 1878 und 1882; die Sicherungsübereignung wird damit gesetzlich anerkannt, sofern die Übertragung beurkundet und registriert ist. Ein bill of sale bedeutet eine Urkunde über die Übertragung von Rechten an Mobilien ohne Besitzübergabe zum Zwecke der Sicherung einer Forderung [37]). Der Vertrag muß auf ein bestimmtes Formular unter Inventarisierung der Sachen aufgenommen werden, die Gegenleistung, consideration, des Gläubigers enthalten und in dem Central Office der Supreme Court registriert werden [38]).

Nicht hierher gehören als den bills of sale nicht unterstellt die handelsmäßigen Veräußerungen, für die andere Urkunden und Registrierungsnormen vorgeschrieben sind. Für das Handelsrecht gilt außerdem noch die floating-charge, eine Einrichtung, die den Gläubigern von Aktiengesellschaften, die eine Obligationsanleihe aufgenommen haben, eine Art Generalpfand an dem gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen der Gesellschaft gibt [39]). Dieses Institut hat seine gesetzliche Sanktionierung in den Companies Acts von 1929 gefunden. Danach wird die Aufsetzung einer Urkunde und deren Registrierung bei dem register of companies verlangt. Dem Registrierungszwang sind ferner unterworfen sonstige Verpfändungen von Mobilien, Grundstücken, Lizenzen, Urheberrechten, bei denen für Aktiengesellschaften die Grundsätze der Companies Acts Anwendung finden [40]). Der große Nachteil der floating charge liegt darin, daß die Gesellschaft nicht an Zwischenverfügungen gehindert ist, daß sie z. B. Spezialverpfändungen vornehmen kann, die der floating charge vorgehen, sofern nicht in der Bestellungsurkunde ein besserer Rang vorbehalten wird. Der Hauptmangel des Institutes liegt infolge des wechselnden Vermögensstandes in der Unbestimmtheit des Pfandobjektes [41]).

---

34) Curti I 142; Jenks II § 1818; Klausing, Rechtsgeschäfte 377.

35) Curti I 143; Jenks II § 1821; Karplus 26; Klausing, Rechtsgeschäfte 377; Kohlmann, Trusts 619 ff.; Strahan, Art. 78; vgl. auch den Larceny Act, wonach ein des misdemeanour schuldiger trustee mit penal servitude bis zu 7 Jahren oder imprisonment bis zu 2 Jahren bestraft wird.

36) title by assignement oder deed.

37) Curti 198; Klausing, Rechtsgeschäfte 381; Kohlmann, Pfandrecht 541.

38) Curti I 189 f.; Klausing, Rechtsgeschäfte 381; Kohlmann, Pfandrecht 542.

39) Klausing, Rechtsgeschäfte 382.

40) Vgl. ferner für die Verpfändung von landwirtschaftlichen Inventar die Agricultural Credits Act von 1928, die keine Sicherungsübereignung im Sinne der Bills of Sale Acts darstellen soll, sondern eine selbständige traditionslose Verpfändungsform.

41) Klausing, Rechtsgeschäfte 383.

Bezüglich der Sicherungsabtretung ergibt sich folgendes: Eine Abtretung nach common law erfolgt durch eine von dem Zedenten auszufertigende Urkunde [42]) und einer schriftlichen Anzeige [43]) an den Schuldner.

Die Abtretung zu Sicherheitszwecken ist nur nach equity möglich und wird wirksam mit dem Abschlusse des Vertrages zwischen dem Zedenten und dem Zessionar. Dem Drittschuldner gegenüber wirkt sie aber erst, wenn sie ihm irgendwie, also nicht notwendig durch förmliche notice, bekannt wird. Auch künftige Forderungen, soweit sie bestimmbar sind, können abgetreten werden. Gegenwärtige oder künftige Außenstände von Kaufleuten werden durch assignement abgetreten, das den Vorschriften der Bills of sale unterliegt. Die Bestimmungen der Companies Acts gelten für die Sicherung der debentures [44]) durch Buchforderungen [45]).

§ 40. Das nordamerikanische Recht.

Das amerikanische Recht folgt im allgemeinen dem englischen Vorbild. Bezüglich der undisclosed agency ergibt sich insofern ein Unterschied, als der undisclosed principal die gleichen Rechte und Pflichten hat wie der disclosed, d. h. er kann aus eigenem Interesse seine Ansprüche gegen den Dritten geltend machen [1]).

Hat also der agent bei undisclosed agency das Ausführungsgeschäft unter Siegel abgeschlossen oder ein werttragendes Umlaufspapier, z. B. Wechsel oder Scheck, im eigenen Namen unterzeichnet, so hat der undisclosed principal keinen Anspruch gegen den Dritten. Hat ferner der agent in dem Ausführungsvertrage ausdrücklich seine Vertretereigenschaft verneint, obwohl er authority hatte, oder der Dritte den Vertrag unter besonderer Berücksichtigung der persönlichen Eigenschaften des agent abgeschlossen, so entstehen nur Beziehungen zwischen dem agent und dem Dritten [2]).

Eine wichtige Besonderheit ergibt sich daraus, daß der inländische agent, der für einen ausländischen principal Geschäfte vornimmt, einem für einen inländischen principal arbeitenden agent gleichgesetzt wird [3]).

Bezüglich des trustee besteht die Besonderheit, daß der amerikanische trustee regelmäßig nur gegen Vergütung tätig ist [4]).

---

42) absolute assignement.
43) notice.
44) d. h. eine verzinsliche Geldschuld, z. B. eine Obligationsanleihe.
45) Vgl. Klausing, Rechtsgeschäfte 383 f.
1) Clark § 765 S. 1121; Kent 631 Anm. 1.
2) Baldwin 58 unter agent; Kent 630 Anm. 1a.
3) Anders in England vgl. oben § 39; Baldwin 58 unter agent; Kent 631 Anm. 1.
4) Anders das englische Recht; vgl. oben § 39; daraus erklärt sich die starke Entwicklung der Treuhandgesellschaften in den Vereinigten Staaten, in denen ein Viertel des Nationalvermögens von solchen Trustcompanies verwaltet wird; Brunner 95 ff.

Die Sicherungsübereignung bezeichnet man grundsätzlich als „fraud", was aber durch den Beweis entkräftet werden kann, daß es sich um ein ehrliches Geschäft handelt. Im übrigen hat man überall Beurkundungen und Registrierungen eingeführt, die in den Einzelstaaten in der Form verschieden sind. Bei Verstößen gegen die Formvorschriften sind die Verträge regelmäßig nichtig.

§ 41. Schlußwort.

Am Schlusse unserer Ausführungen bleibt noch die Frage übrig, ob eine gesetzliche Regelung der mittelbaren Stellvertretung und Treuhand bei uns zu empfehlen ist.

Was zunächst die mittelbare Stellvertretung anbetrifft, so hat die Rechtslehre dieses Institut so ausgebildet, daß eine ausdrückliche Regelung als überflüssig erscheinen muß. Für die Schadensliquidation im Drittinteresse erscheint es unnötig, eine besondere Norm darüber aufzunehmen, da einmal die Rechtsprechung dieses Prinzip anerkannt hat und es andererseits den geltenden Rechtsgrundsätzen entspricht [1]). Die Schaffung unmittelbarer Beziehungen zwischen Vertretenen und Dritten, wie sie neuerdings verfochten wird [2]), muß abgelehnt werden. Wünschen die Parteien solche direkten Bindungen, so können sie sich der unmittelbaren Stellvertretung bedienen. Auch das englische Vorbild kann nicht anreizen, an dem bestehenden Zustande etwas zu ändern [3]). Der gegenwärtige Rechtszustand, der im übrigen die Regelung der wichtigsten Erscheinungsform der mittelbaren Stellvertretung, des Kommissionsgeschäftes, enthält, macht eine Sonderregelung überflüssig [4]).

Anders liegt es bei der Treuhand. Hier erscheint es angebracht, einige Punkte, nicht aber den ganzen Komplex, in die bestehenden Vorschriften einzufügen.

So empfiehlt es sich, eine Bestimmung in die Konkursordnung aufzunehmen, die dem Treugeber ein Aussonderungsrecht im Konkurse des Treuhänders gewährleistet. In die Zivilprozeßordnung gehört eine Bestimmung, nach der dem Treugeber die Widerspruchsklage zusteht. Bezüglich der Erhaltung des Treugutes wäre es angebracht, eine Vorschrift dahingehend zu schaffen, daß die Ersatzstücke in das Treugut fallen, eine Regelung, die das anglo-amerikanische Recht vorbildlich durchgeführt hat [5]). Trotz der technischen Bedenken empfiehlt es sich bezüglich der Sicherungsübereignung, diese nur noch in der Form der Mobiliarhypothek zuzulassen. Wir haben vor allem in den nordischen Rechten Vorbilder dafür und können für uns die am geeignetsten erscheinende Form auswählen. Be-

1) Vgl. oben § 20.
2) Rodig 59; Tornow 31 ff.; vgl. auch Klausing, Rechtsgeschäfte 380.
3) Vgl. oben § 38 Anm. 11.
4) Vgl. auch Schleß § 42.
5) Vgl. oben §§ 39, 40.

sondere Normen sind endlich auch für die Gründung von Treuhandgesellschaften notwendig, um die mißbräuchliche Benutzung der Treuhand zu verhindern [6]).

Eine bis in das Einzelne gehende Regelung, wie sie auf dem 36. deutschen Juristentage in Lübeck vorgeschlagen wurde [7]), erscheint als schädlich, da sie Anreiz zu einer Regelung mancher anderer Fälle geben könnte und damit zu einer verwirrenden Fülle von Rechtsformen führen würde, wie sie das Bürgerliche Gesetzbuch im Gegensatze zu dem Preußischen Allgemeinen Landrecht vermieden hat [8]). Man soll auch bezüglich der Treuhandgeschäfte nicht zu ängstlich sein, da die Praxis der Schwierigkeiten meist Herr geworden ist. Wer heute einen Treuhandvertrag eingeht, wobei besonders an die Fälle der Verwaltungstreuhand zu denken ist, pflegt durch schriftliche Abreden den Vertrag so zu gestalten, daß im Hinblick auf die Eigenarten des Falles allen Vorkommnissen nach Möglichkeit Rechnung getragen wird.

Nicht zu verkennen ist gemäß den obigen Ausführungen, daß sowohl der mittelbaren Stellvertretung wie der Treuhand eine Reihe von Gefahren anhaftet [9]). Wer sich jener Institute bedient, muß das damit verbundene Risiko auf sich nehmen.

---

6) Vgl. oben § 16; vgl. aber oben § 26 Anm. 8.
7) Friedmann 805 ff.; Haemmerle 632 ff.
8) Schleß § 42.
9) Vgl. oben §§ 21, 24.

LEBENSLAUF.

Am 11. Mai 1907 wurde ich, Robert Hönsch, als zweiter Sohn des Regierungsbaumeisters, Dr. ing. e. h. Walter Hönsch, Beratenden Ingenieurs der Linke-Hofmann-Busch-AG. und seiner Frau Alma, geb. Weise, in Breslau geboren, bin evangelischer Konfession und besuchte die Vorschulklassen der Privat-Knabenschule von Mittelhaus in Breslau, um dann in die Sexta des Realgymnasiums zu St. Elisabeth in Breslau überzutreten. An dieser Anstalt legte ich am 23. März 1925 die Reifeprüfung ab.

Von April bis Oktober 1925 arbeitete ich praktisch in den Werkstätten der Firma Optische Anstalt C. P. Goerz-AG. in Berlin-Zehlendorf. Dann wandte ich mich dem Studium der Rechtswissenschaft zu, dem ich vom Wintersemester 1925/26 bis zum Sommersemester 1929 an der Universität Berlin und vom Sommersemester 1929 bis zum Wintersemester 1931/32 an der Universität Marburg oblag. Am 7. Februar 1932 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung am Oberlandesgericht Kassel, am 31. Oktober legte ich die mündliche Doktorprüfung ab.

Seit dem 20. Juni 1932 bin ich im Vorbereitungsdienst als Referendar in dem Bezirke des Kammergerichts tätig.

Die Anregung zu dieser Arbeit verdanke ich meinem hochverehrten Lehrer, Herrn Geheimrat Professor Dr. Alfred Manigk in Marburg, dem ich auch an dieser Stelle meinen ehrerbietigen Dank aussprechen möchte. Dankend will ich besonders hervorheben, welch' wertvolle Unterstützung bei der Durchsicht des ausländischen Schrifttums die Gastfreundschaft des Institutes für ausländisches und internationales Privatrecht des Herrn Professor Rabel in Berlin für mich bedeutete.

Robert Hönsch.

Berlin, im April 1933.